

Die Einkaufsgenossenschaften im System des GWB

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Eckart Freiherr von Uckermann

1976

Die Einkaufsgenossenschaften im System des GWB

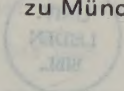
INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Juristischen Fakultät

der Ludwig-Maximilians-Universität

zu München



vorgelegt von

Eckart Freiherr von Uckermann

1976

Referent: Professor Dr. Baur (Universität Hamburg)

Korreferent: Professor Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Februar 1976



Druck: aku-Fotodruck, Agentur 5 Köln 41,
Gleueler Str. 217, Tel. 43 72 57

Gliederung

Einleitung	1
1. Problemstellung	1
2. Gegenstand der Untersuchung	6
1. Teil. Die Anwendbarkeit der Gegenstandstheorie auf die Einkaufsgenossenschaften	10
A Der Wille des historischen Gesetzgebers	10
B Die genossenschaftliche Entwicklung und ihre Besonderheit	16
I Die Entwicklung	16
II Das Merkmal der funktionalen Verbindung	23
Exkurs: Überblick über den Organisationsaufbau bei den Einkaufsgenossenschaften und der Konsumgenossenschaft im Lebensmittelhandel	27
C Die Anwendbarkeit der Gegenstandstheorie unter systematischen Aspekten	31
I Die Bedeutung der systematischen Auslegung	32
II Die Systematik des GWB	35
1. Die Vorschriften über vertragliches Verhalten	36
2. Die Vorschriften über tatsächliches Verhalten	39
III Die vertikalen Geschäftsbeziehungen als "Sonstige Verträge"	41
1. Geschäftsbeziehungen zwischen selbständigen Unternehmen	42
a. Der Unternehmensbegriff des GWB	43
b. Die Einkaufsgenossenschaft als Unternehmen	47
2. Die Geschäftsbeziehungen als individuelle Austauschverträge	48
3. Die Bedeutung der funktionalen Verknüpfung	50

IV

D	Die wettbewerbspolitische Problematik der bisherigen Beurteilung des Genossenschaftskomplexes	52
I	Beurteilung der Auftragskonzentration nach § 18 GWB	53
	1. Anwendbarkeit des § 18 GWB auf die Einkaufs-genossenschaften	53
	2. Anwendungsbereich des § 18 GWB	55
II	Anwendbarkeit der §§ 25, 26 GWB	61
III	Zulässigkeit von Mittelstandsempfehlungen	64
E	Die gesetzliche Systematik als rechtspolitischer Fehler	70
F	Ergebnis	74
2. Teil.	Die einheitliche Beurteilung des Genossenschaftskomplexes	75
A	Die Folgetheorie	76
B	Die Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB als Auslegungsmaßstab	80
I	Der Begriff des Wettbewerbs	81
	1. Die Problematik einer Definition	81
	2. Wettbewerb als dynamischer Prozeß	84
II	Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeeinflussung	87
	1. Der Schutzbereich des § 1 GWB	87
	2. Konkrete Betrachtungsweise	88
	3. Generalisierendes Eignungsurteil	93
C	Der Begriff des Syndikats	95

D Differenzierende Beurteilung der Einkaufsgenossenschaften	99
I Die traditionelle Genossenschaft	100
II Die Marktgenossenschaft	101
III Die integrierte Genossenschaft	102
E Die integrierte Genossenschaft als Konzentrationsform	105
I Die Merkmale des Konzerns	106
II Der Genossenschaftsverbund als Konzern	108
1. Unternehmenseinheit auf vertraglicher Grundlage	109
2. Unternehmenseinheit durch funktionale und organisatorische Verknüpfung	110
III Die integrierte Genossenschaft als Unternehmenseinheit	114
IV Institutionalisierung der Konzentrationsform	119
Zusammenfassung	121

Einleitung

1. Problemstellung

Die Frage, welche Bedeutung das GWB für die Genossenschaften hat, ist so alt wie das GWB selbst (1). Denn schon in den Beratungen über das zukünftige GWB ist diese Frage aufgeworfen worden und seit dieser Zeit ist sie immer wieder Anlaß zu heftigen Diskussionen gewesen. Die Argumente reichen dabei von der Ansicht, daß die Genossenschaften wegen ihres besonderen sozialen Charakters überhaupt nicht unter das GWB fallen können (2), bis hin zu der Meinung, daß die Genossenschaften besonders geeignet seien, ein Kartell zu bilden (3).

In den Gesetzesberatungen hat sich allerdings keine dieser extremen Ansichten durchgesetzt. Im wirtschaftspolitischen Ausschuß setzte man sich zwar mit den verschiedenen Begründungen für eine generelle Freistellung der Genossenschaften auseinander (z.B. Vorrang des Gesellschaftsrechts, wettbewerbsfördernde Wirkung, Charakter als Nichterwerbswirtschaften (4)). Doch versagte man diesen Begründungen letztlich die Anerkennung mit dem Hinweis (5), daß dies anderenfalls die Möglichkeit bedeute, mit Hilfe einer besonderen Organisationsform der Anwendung des GWB auszuweichen (6).

-
- (1) zur früheren Diskussion vgl. Isay-Tschierschky KVO S. 52 ff;
 - (2) Ohm ZfG 52, 283; Draheim, Die Genossenschaften als Unternehmungstyp S. 206 f; Schachtschabel, Festschrift f. Draheim S. 274; Henzler, Die Genossenschaft eine fördernde Betriebswirtschaft S. 215 f;
 - (3) Flechtheim, Die rechtliche Organisation der Kartelle S. 100; Bieri, Die AG, die Genossenschaften und die GmbH ... S. 47;
 - (4) Paulick(1) S. 4 f; Ohm ZfG 52, 283; Draheim(1) S. 206 ff; Schachtschabel, Festschrift f. Draheim S. 274; Henzler(3) S. 215 f; Ebert, Die Einkaufsgenossenschaften des Einzelhandels ... S. 18; weitere Nachweise bei Säcker(1) S. 201;
 - (5) zitiert bei Müller-Gries-Giessler § 1, 6;
 - (6) Die Unmöglichkeit, die Genossenschaften als außer-GWB-rechtlichen Sachverhalt generell freizustellen, legt ausführlich dar Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung S. 90 ff; 102; auch für das Kartellrecht vor 1923 wurde keine generelle Ausnahme angenommen, vgl. Callman, Das deutsche Kartellrecht S. 330; Isay-Tschierschky, KVO S. 54 zu den Konsumgenossenschaften; auch die Rspr. machte keine Ausnahme, vgl. RG 151, 141 und die Aufstellung bei Bieling, Das Verhältnis von Kartellen ... S. 3, 62 ff und Kluge ZfG 57, 193; zum Dekartellierungsrecht BGH WuW 53, 474; 54, 271, 450; neuerdings auch ausdrücklich WuW/E BGH 1315;

Vielmehr wurde davon ausgegangen, daß die Tätigkeit der Genossenschaften stets wettbewerbsbezogen ist, so daß jedenfalls der Tatbestand der Marktbeeinflussung gegeben ist (7). Das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung wurde jedoch überwiegend verneint. Man ging unter dem Einfluß der genossenschaftstheoretischen Argumente davon aus, daß grundsätzlich das in der Genossenschaft bestehende Prinzip der Freiwilligkeit eine rechtliche Bindung der Mitglieder verhindere (8) und daß, solange eine solche rechtliche Bindung in der Genossenschaftssatzung fehlt, die Genossenschaften nicht unter § 1 GWB fielen. Begründet wurde diese Ansicht mit einer einschränkenden Auslegung des § 1 GWB, die als Gegenstandstheorie bekannt wurde. Danach findet § 1 GWB nur Anwendung, wenn eine rechtlich bindende Vereinbarung zur Wettbewerbsbeschränkung Gegenstand des Vertrages ist. Solange daher nur ein dem Markt vorgelagertes Verhalten in einem Vertrag geregelt wird und der beteiligte Unternehmer in seinem Marktverhalten rechtlich frei bleibt, fällt dieser Vertrag nicht unter § 1 GWB, auch dann nicht, wenn der Vertrag zu einem Wettbewerbsverhalten führen kann, das dem auf einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beruhenden Zustand gleicht (9). Erklärtermaßen fallen nach dieser Theorie Verkaufsgemeinschaften ohne Andienungspflicht (10), Einkaufsgemeinschaften ohne Bezugspflicht (11) und die Vereinbarung einer Preismeldestelle (12) nicht unter § 1 GWB.

In den letzten Jahren hat sich nun eine immer stärker werdende Kritik an dieser einschränkenden Auslegung entzündet, weil sie nach Ansicht vieler in erheblichem Umfange Umgehungen ermöglicht hat (13).

-
- (7) vgl. den Bericht des Abg. Kurlbaum, zit. bei Langen § 1, 75; ebso. Benisch WuW 56, 485; Ewald WuW 56, 255; Günther MA 57, 35; Müller-Gries-Giessler Komm. II Anhang 2;
 - (8) diese Ansicht hatte sich allgemein durchgesetzt, vgl. Deppe, Genossenschaften des Lebensmitteleinzelhandels ... S. 3;
 - (9) Müller-Henneberg in GK § 1, 72;
 - (10) WuW/E BKartA 687 ff; 846 ff; 1051 ff;
 - (11) WuW/E BKartA 575; WuW/E OLG 650 ff; Westermann, Die Bedeutung des GWB für die Genossenschaften, S. 271;
 - (12) Hefermehl, Informationsverträge ... S. 36; Merle, Marktinformationsverfahren ... S. 107;
 - (13) Günther, 10 Jahre Bundeskartellamt, S. 13; BKartA TB 67, 17 f;

Unter dem Eindruck dieser neu aufgekommenen Diskussion haben auch das Bundeskartellamt und der Bundesgerichtshof immer häufiger Entscheidungen getroffen, die sich nicht mehr mit einer Auslegung des § 1 GWB i.S.d. Gegenstandstheorie vereinbaren lassen.

So wurde z.B. ein Informationsverfahren vom Bundeskartellamt als unerlaubte Preisabsprache verboten, obwohl die beteiligten Unternehmen keine vertragliche Verpflichtung zur Einhaltung eines bestimmten Preises eingegangen waren, weil dieser Vertrag in seiner Ausgestaltung nach Ansicht des Amtes zu einer Wettbewerbsbeschränkung führte (14).

In einem anderen Fall eines Informationsverfahrens, das das Amt nach § 1 GWB für unwirksam hielt, führte es aus, daß die Beteiligten auf eine ausdrückliche Verpflichtung verzichten und sich mit der Festlegung einer bestimmten Methode begnügen konnten, da dies nach den Umständen zum gleichen Ziel führte (15).

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs (16) lag bei einer Ausschreibung eine Wettbewerbsbeschränkung schon deshalb vor, weil sich ein erheblicher Teil der Wettbewerber gegenseitig über seine eigenen Angebotsbedingungen informierte.

Ebenso hat das Bundeskartellamt in den letzten Jahren mehrmals Verkaufsgemeinschaften ohne Andienungspflicht als unzulässig behandelt, wenn die vertraglichen Bestimmungen insgesamt bewirkten, daß sich die Beteiligten so verhielten, als ob sie zur Andienung verpflichtet seien (17). In seinem Bericht für das Jahr 1970 begründet das Amt seinen Standpunkt ausführlich: ein gemeinschaftlicher Vertrieb beschränkt auch ohne Andienungspflicht den Wettbewerb, wenn sich "aus dem Gesamtzusammenhang aller Vertragsbestimmungen, wie auch mit Rücksicht auf die Höhe der Marktanteile, auf die Bedeutung der Abnehmer und Wettbewerber im Verhältnis zu den Vertragsparteiern sowie auf die typischen Verhaltensweisen und Erwartung der Marktteilnehmenden ergibt, daß die Vertragspartner in ihrer wettbewerbslich relevanten Handlungsfreiheit beschränkt sind" (18).

(14) WuW/E BKartA 1263 ff; 1293;

(15) WuW/E BKartA 1355 ff; vgl. auch WuW/E BKartA 1369 ff, WuW/E OLG 1327 ff;

(16) WuW/E BGH 1045 ff;

(17) BKartA TB 67, 18; 68, 46; 69, 54;

(18) BKartA TB 70, 17; vgl. auch die ausdrückliche Billigung dieses Vorgehens des BKartA in der Stellungnahme der Bundesregierung zum TB des KartA von 1969; vgl. neuerdings auch WuW/E BGH 1313;

Nur hinsichtlich der Einkaufsgemeinschaften sind solche Entscheidungen, die auch die wettbewerblichen Folgen berücksichtigen und nicht allein auf das Vorhandensein einer rechtlichen Verpflichtung abstellen, noch nicht ergangen. Obwohl schon in der Literatur einige Begründungen dafür gegeben worden sind, daß auch bei Einkaufsgemeinschaften die Einbeziehung der wettbewerblichen Folgen erforderlich ist (19), hat man sich offiziell zu dieser Seite des Problems der erweiterten Auslegung des § 1 GWB noch nicht geäußert. Diesem Zögern vor einer Stellungnahme liegen schwerwiegende Bedenken zugrunde, da nämlich befürchtet wird, daß bei genereller Einbeziehung der wettbewerblichen Wirkungen unabsehbare Folgen für die Einkaufsgemeinschaften, insbesondere für die Einkaufsgenossenschaften, entstehen werden. Denn es wird nicht verkannt, daß gerade den Genossenschaften ex definitione die Eignung zur Beeinflussung des Marktverhaltens ihrer Mitglieder innewohnt (20) und daher wird befürchtet, daß bei Berücksichtigung aller wettbewerblichen Folgen die Genossenschaften i.d.R. als unter § 1 GWB fallende Kartelle angesehen werden müßten (21). Das aber soll zur Folge haben, daß fast alle Genossenschaften des Handels und des Handwerks, soweit sie nicht eine völlig bedeutungslose Marktposition haben, in ihrer Geschäftstätigkeit lahmgelegt würden (22). Ein solches Ergebnis aber soll angeblich dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, der die Genossenschaften gerade erhalten wollte. Aus diesem Grund sei man auch zu einer Auslegung des § 1 GWB i.S.d. Gegenstandstheorie gelangt (23).

Da das Problem der Genossenschaften bei den Beratungen zum GWB eine gewisse Rolle gespielt hat, erscheint dieser Einwand daher gewichtig genug, um nachzuprüfen, ob sich tatsächlich solche eindeutigen Äußerungen des historischen Gesetzgebers finden lassen und wenn ja, ob sie auch heute noch für eine Beurteilung bindend sein können.

(19) Sölter, Nachfragemacht ...; Säcker, Die Genossenschaften im System ...; Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung;

(20) vgl. Dülfer, Strukturprobleme der Genossenschaften S. 6;

(21) so Säcker a.a.O. S. 214; Mahlmann a.a.O. S. 67;

(22) so Ewald WuW 56, 253; Säcker a.a.O. S. 253 verharmlost das Problem, denn schon das quantitative Merkmal des § 5 b GWB würde eine generelle Freistellung aller Genossenschaften verhindern;

(23) vgl. Müller-Henneberg in GK § 1,72, 132;

Aber auch wenn der historische Gesetzgeber keine eindeutige Regelung dieses Problems getroffen hat, bleibt dennoch die Aufforderung an den Rechtsanwendenden bestehen, nach einem Ergebnis zu suchen, welches sowohl dem GWB als auch den genossenschaftlichen Eigenarten gerecht wird (24). Wenn tatsächlich, wie viele fürchten, die Einbeziehung aller wettbewerblichen Folgen in die kartellrechtliche Beurteilung einer Genossenschaft zu einem Übermaß an Verbot führt, so ist zu überlegen, ob es nicht möglich ist, auf der Grundlage der Gegenstandstheorie zu einem differenzierten und daher gerechten Ergebnis zu gelangen.

Da bisher noch nicht systematisch untersucht worden ist, ob bei Zugrundelegen der Gegenstandstheorie es überhaupt möglich ist, zu einem die genossenschaftlichen Besonderheiten in ausreichendem Maße berücksichtigenden Ergebnis zu gelangen, soll dies vorerst geprüft werden. Eine solche Prüfung erfordert zweierlei, nämlich eine genaue Sachverhaltsfeststellung und zum anderen eine Subsumtion unter das Gesetz. Der erste Punkt muß deshalb betont werden, weil es auffallend ist, daß in der Diskussion über die kartellrechtliche Relevanz der Genossenschaften den tatsächlichen Verhältnissen bei den Genossenschaften verhältnismäßig wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird. Man begnügt sich i.d.R. damit festzustellen, daß in der jeweiligen Satzung oder Mitgliederbeschuß keine rechtlichen Bezugsbindungen der Mitglieder enthalten sind (25). Es wird aber nicht geprüft, ob mit dieser Fragestellung alleine die genossenschaftlichen Besonderheiten tatsächlich zu erfassen sind (26). Doch erst wenn die genossenschaftlichen Besonderheiten in ihrem Ausmaß und ihrer Bedeutung geklärt sind, läßt sich überhaupt erkennen, welche Folgen sich für den zu beurteilenden Sachverhalt aus der Anwendung der Gegenstandstheorie ergeben und ob man mit ihr zu einem sachgerechten Ergebnis gelangen kann.

(24) vgl. die Kritik Steindorffs an der generellen Anwendung der Folgetheorie BB 70, 827; ZHR 1972, 82 ff;

(25) so z.B. Müller-Henneberg in GK § 1, 132; Westermann(1) S. 271; Paulick(1) S. 205; WuW/E OLG 650;

(26) so hat schon Permien, Markt- und Mitgliederbeziehungen ... S. 178 gefordert, daß der gesamte Genossenschaftskomplex, bestehend aus den Zentralen, den Genossenschaften und den Mitgliedern bei einer kartellrechtlichen Beurteilung herangezogen werden muß.

Im Verlauf dieser Arbeit wird es sich dann zeigen, daß sich bei Anwendung der Gegenstandstheorie Widersprüche zu der Wertung der gesetzlichen Systematik ergeben, die zu wettbewerbspolitisch unbefriedigenden Ergebnissen führen und die auch nicht durch eine erweiternde "effektivere" Auslegung einzelner Vorschriften berichtigt werden können.

Im 2. Teil der Arbeit wird dann dargetan, daß eine Einbeziehung der wettbewerbslichen Folgen dem System des GWB entspricht und daß eine einheitliche Beurteilung des gesamten Genossenschaftskomplexes zu einer differenzierten und befriedigenden Lösung führt.

2. Gegenstand der Untersuchung

Die Untersuchung beschränkt sich auf die Einkaufsgenossenschaften des Einzelhandels, wobei insbesondere die Verhältnisse im Lebensmittelmarkt berücksichtigt werden (27). Dies bietet sich deshalb an, weil diese Genossenschaften eine sehr ausgeprägte Organisation besitzen, von großer wirtschaftlicher Bedeutung sind und ihre Entwicklung und auch die des Marktes sehr geeignet sind, die Problematik zu verdeutlichen. Da bei der kartellrechtlichen Beurteilung eines Unternehmens auch die allgemeine Markt- und Wettbewerbssituation, in der das Unternehmen steht, von Bedeutung ist, soll hier ein kurzer Überblick über die Verhältnisse im Lebensmittelhandel gegeben werden. Die Marktsituation im Lebensmittelhandel in der Bundesrepublik eindeutig zu erfassen, ist nicht ganz einfach, da es sich um eine äußerst vielgestaltige Marktlage handelt. Von einer eingehenden Definition des Begriffs Markt kann hier abgesehen werden. Es soll die Feststellung genügen, daß der Markt üblicherweise nach Gegenstand, Raum, Zeit und auch Marktstufe abgegrenzt wird (28).

(27) dabei werden hauptsächlich Edeka und Rewe herangezogen; aber auch die Konsumgenossenschaften höherer Ordnung, da diese ebenfalls Vereinigungen von Unternehmen sind;

(28) vgl. Müller-Henneberg in GK § 1, 96;

Der zu untersuchende Markt umfaßt den Handel mit Lebensmittel aller Art auf der Einzel- und Großhandelsstufe (29). Dennoch kann man nicht von einem einheitlichen Markt in der Bundesrepublik sprechen, denn dieser nationale Markt zerfällt in zahlreiche Teilmärkte, die geographisch eng begrenzt sind. Der Marktbereich des Einzelhandels ist dadurch charakterisiert, daß dem Einzelhändler auf der Absatzseite zwar theoretisch eine Vielzahl von Verbrauchern gegenübersteht, der Absatzmarkt aber durch die sachlichen und persönlichen Präferenzen der Verbraucher eng begrenzt ist (30). Auf der Beschaffungsseite ist der Markt im wesentlichen schon durch die Höhe der Frachtkosten ebenfalls verhältnismäßig eng begrenzt. Daneben ist noch die weitere Marktstufe der zentralen Großhandlungen und Importeure zu erwähnen, wie z.B. GEG, Gedelfi, Einkaufskontore des Nahrungs- und Genußmittelgroßhandels, Zentralen der freiwilligen Ketten, Edeka- und Rewe-Zentrale, Kaufring eGmbH usw.. Auf dieser Stufe waren z.B. 1964 nur noch 49 Marktteilnehmer tätig, wobei 67,3 % des Marktanteils auf nur 5 zentrale Großhandlungen entfielen (31). Diese Marktform wird in letzter Zeit immer mehr durch das starke Vordringen der vertikalen Konzentration durchbrochen und aufgehoben. Dadurch werden die einzelnen Stufen, zum Teil einschließlich der Produzenten (32), zusammengefaßt, so daß sich für die Einzelhändler die Beschaffungsseite in räumlicher Hinsicht erweitert, für den Großhändler dagegen die Absatzseite.

Über die Struktur und Intensität des Wettbewerbs lassen sich ebenfalls nur schwer allgemeingültige Aussagen treffen. Die schon erwähnten zahlreichen Teilmärkte sind in ihrer Struktur außerordentlich differenziert, so sind auf der Einzelhandelsstufe sowohl Quasimonopole (33) oder Oligopole (34) als auch Polypole (35) anzu-

-
- (29) eine weitere Differenzierung nach Lebensmitteln oder -gruppen ist für eine Beschreibung der Marktverhältnisse und Wettbewerbssituation im Lebensmittelhandel nicht erforderlich, vgl. z.B. auch WuW/E BGH 486, der insoweit ebenfalls einen einheitlichen Markt annimmt;
- (30) Marzen, Preiswettbewerb und Preispolitik, S. 114 f;
- (31) Eli, Die Nachfragekonzentration im Nahrungsmittelhandel, S. 41;
- (32) so bei den Konsumgenossenschaften;
- (33) Hoppmann, Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, S. 122 ff;
- (34) Sölter, Das Rabattkartell, S. 38 und MA 61, 344;
- (35) Ebert, Die Einkaufsgenossenschaften des Einzelhandels ... S. 39;

treffen sind. Die Großhandlungen sehen sich dagegen auf der Beschaffungsseite weitgehend einem oligopolistischen Angebot gegenüber, da sie viele Standardgüter betreiben, die nur von wenigen Unternehmen angeboten werden (36).

Durch das Vordringen der vertikalen Konzentration hat sich auch die Art des Wettbewerbs verändert. Er findet nun nicht mehr nur auf dem räumlich eng begrenzten Teilmarkt ab, sondern auch als heftige Konkurrenz der vertikal organisierten Gruppen untereinander auf dem Gesamtmarkt. Für diese Erscheinung wurde der Begriff "Gruppenwettbewerb" geprägt. Eine genaue Definition läßt sich dafür nicht geben, doch äußert sich der Kampf der organisierten Wirtschaftsgebilde um Marktanteile in dem Bemühen, ihren Mitgliedern möglichst viele Wettbewerbsvorteile gegenüber den Mitgliedern anderer Gruppen zu verschaffen. Es wird versucht, die eigenen Mitglieder in verstärktem Maße von den Mitgliedern der anderen Gruppen abzugrenzen, z.B. durch Eigenmarken und Gemeinschaftswerbung, um dem Verbraucher den Vergleich und die Auswahl zu erschweren und somit den Wettbewerb der Einzelhändler untereinander als Mitglieder verschiedener Gruppen zu mildern.

Welche Auswirkungen diese neue Form des Wettbewerbs auf die Intensität des Wettbewerbs insgesamt hat, läßt sich, da praktikable und allgemein anerkannte Kriterien fehlen, nur schwer bestimmen und so wird sowohl die Meinung vertreten, daß sich die Intensität des Wettbewerbs verringert hat (37) als auch daß sie sich verstärkt hat (38). Für die letzte Ansicht spricht die große Zahl der jährlich aus dem Marktgeschehen ausscheidenden Einzelhändler (39) und das ständige Voranschreiten der Konzentration. Die steigende Tendenz zur vertikalen Konzentration in der Gruppe kann an Hand eines Vergleichs der Umsatzentwicklung der einzelnen Handelsstufen gezeigt werden (40). Setzt man den Umsatz von 1957 mit 100 an, so hat der Einzelhandel 1964 erst einen Index von 154,4 erreicht, der Großhandel 243,7 und

(36) Ebert a.a.O. S. 39;

(37) Woll, Der Wettbewerb im Einzelhandel, S. 216; Albrecht ZfgG 60, 108;

(38) Eli a.a.O. S. 47, 50, 157; Ehrlinger, Die Konzentration ... S. 137;

(39) seit 1962 sind über 50.000 Einzelhändler ausgeschieden, SZ v. 28.10.72;

(40) Eli a.a.O. S. 52; ähnl. Boettcher, Festschrift für Draheim, S. 149;

die Zentralen 277,8. Deutlich wird das Vordringen der vertikalen Konzentration auch an der Entwicklung des Umsatzanteils des nicht-organisierten Handels, der von 1962 41,3 % auf 28,9 % im Jahre 1970 gesunken ist (41). Im Lebensmittelhandel betrug der Anteil des nichtorganisierten Handels bereits 1964 nur noch 3,7 % (42). Der Anteil der Einkaufs- und Konsumgenossenschaften am gesamten Einzelhandelsumsatz wird mit 21,3 % angegeben (43), für den Lebensmittelmarkt mit 40,4 % (44), wobei allein auf die Edeka ca. 21 % entfallen. Die Edeka ist die größte europäische Einkaufsgenossenschaft. Sie hat nicht nur den weitaus größten Bestand an Einzelhandelsgeschäften, sondern sie hat auch den größten Umsatz auf der Einzelhandelsstufe, z.B. im Jahre 1970 das Doppelte der nächsten Handelsgruppe in der Bundesrepublik (45). Als Einzelunternehmen stand die Edeka - Zentrale 1971 an 4. Stelle der Handelsunternehmen in der Bundesrepublik (46).

Das Voranschreiten der Konzentration hat dazu geführt, daß von einer regelrechten Nachfragemacht des organisierten Handels gesprochen wird. Dabei wird vor allem darauf hingewiesen, daß die Herstellerseite, von einigen internationalen Konzernen abgesehen, überwiegend mittelständisch strukturiert ist (47). Inwieweit die Handelsgruppen tatsächlich bestimmenden Einfluß auf Herstellerunternehmen ausüben, wird sehr unterschiedlich beurteilt (48). Eine generelle Aussage scheint wegen der spärlichen Quellen über das tatsächliche Verhalten der Nachfrager noch nicht möglich zu sein. Festzuhalten bleibt aber, daß die Ausübung von Nachfragemacht der erklärten Einkaufspolitik der Einkaufsgenossenschaften entspricht (49).

-
- (41) Ifo-Institut f. Wirtschaftsforschung, Veröffentlichung der Deutschen Genossenschaftskasse 1970;
 - (42) Traumann, Auswirkungen von Zusammenschlüssen ... S. 58;
 - (43) Traumann a.a.O. S. 58;
 - (44) Traumann a.a.O. S. 58 für 1964;
 - (45) nach Angaben des Jahresberichts des Edeka-Verbandes waren es im Jahre 1974 28.100 Geschäfte mit einem Umsatz von knapp 14 Mrd. DM; Der Spiegel, Jg. 25, Nr. 12 v. 15.2.71;
 - (46) SZ v. 11.8.72;
 - (47) Eli a.a.O. S. 26 ff;
 - (48) von Marktmacht gehen z.B. aus Sölter, Das Rabattkartell S. 57; Benisch WuW 60, 846; Geisbüsch, Die Verhaltensweisen organisierter Nachfrager S. 81; Ehrlinger a.a.O. S. 148; a.A. z.B. Kathrein, Nachfrage im Wettbewerb S. 31 ff; Eli a.a.O. S. 152;
 - (49) für Edeka vgl. ZfG 69, 350;

1. Teil Die Anwendbarkeit der Gegenstandstheorie auf die Einkaufsgenossenschaften

A Der Wille des historischen Gesetzgebers

Da der Gesetzgeber im GWB keine ausdrückliche Regelung der Frage der Genossenschaften getroffen hat, kann eine Antwort darauf, ob der Gesetzgeber die Genossenschaften generell von § 1 GWB freigestellt wissen wollte, nur im Wege der Auslegung erfolgen. Von den Befürwortern einer Freistellung wird nun i.d.R. auf die Gesetzesmaterialien verwiesen, aus denen sich der entsprechende Wille des Gesetzgebers klar ergeben soll.

Geht man davon aus, daß das Ziel einer jeden Auslegung nur die Ermittlung des im Gesetz zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers sein kann (50), so muß geklärt werden, ob die Gesetzesmaterialien dafür ein geeignetes Mittel darstellen. Herkömmlicherweise werden als Auslegungsmethoden die Auslegung aus dem Wortsinn, dem Willen des historischen Gesetzgebers, der Systematik des Gesetzes und nach dem Gesetzeszweck genannt. Damit ist aber noch kein allgemein verbindlicher Modus geschaffen, der etwa eine Reihenfolge der Kriterien festlegt, die es bei jeder Auslegung starr einzuhalten gilt. Vielmehr wird es je nach Gesetz mit Rücksicht auf sein Alter, seinen Inhalt und seine Entstehungsgeschichte unterschiedlich sein, welchem Kriterium das Hauptgewicht zukommt und mit welchem das angestrebte Ziel am besten zu erreichen ist.

Da kein allgemein anerkannter Maßstab für die Bestimmung des Verhältnisses der einzelnen Auslegungsmethoden zueinander vorliegt, ist auch die Frage, welche Bedeutung den Gesetzesmaterialien zukommt, nicht einfach zu beantworten, insbes. ist streitig, wie Äußerungen Einzelner der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten zu bewerten sind.

Sehr kritisch gegen eine zu starke Berücksichtigung solcher Einzelansichten äußert sich Radbruch (51), der die Vorstellung als irrig

(50) so BVerfGE 1, 312; speziell für das GWB BKartA WuW/E 148; auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 300, der den Ausdruck "normativer Gesetzessinn" verwendet;

(51) Rechtsphilosophie S. 210 ff;

zurückweist, als Wille des Gesetzgebers könne nur festgestellt werden, was in dem bewußten Willen der Gesetzesverfasser vorhanden war. Denn der Wille des Gesetzgebers ist nicht einfach der Kollektivwille der an dem Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, sondern er fällt vielmehr mit dem Willen des Gesetzes zusammen. Dieser ist nicht an die Unklarheiten und Widersprüche in den Gedanken der Gesetzesverfasser gebunden. Der Wille des Gesetzes ist auch nicht Auslegungsmittel, sondern Auslegungsziel und daher kann es sich bei der Auslegung ergeben, daß das Gesetz klüger als seine Verfasser ist.

Auch das Bundesverfassungsgericht (52) warnt ausdrücklich davor, den Äußerungen Einzelner zu große Bedeutung zuzulegen, denn "die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung einer Gesetzesentscheidung ist nicht entscheidend". Doch hat das Bundesverfassungsgericht damit den Materialien keineswegs jede Bedeutung abgesprochen und in anderen Entscheidungen (53) spricht es davon, daß die Entstehungsgeschichte zur Bestätigung des sonstigen Ergebnisses der Auslegung herangezogen werden könne.

Ebenso äußert der Bundesgerichtshof in einigen Entscheidungen (54) Bedenken gegen den Wert der Gesetzesgeschichte für die Auslegung. Auf der anderen Seite aber hat die höchstrichterliche Rechtsprechung immer wieder dann die Entstehungsgeschichte als maßgeblich herangezogen, wenn aus ihr Wesentliches für die Auslegung des Gesetzes zu entnehmen war (55). Dabei wurden die im Gesetzgebungsverfahren erfolgten Äußerungen der beteiligten Verfassungsorgane, die die gesetzgeberischen Zwecke und die für sie maßgebenden Beweggründe erkennen lassen, als Anhaltspunkte oder sogar als Beweis dafür angesehen, welchen Zweck man mit der Vorschrift verfolgt hat und welche Zweckvorstellungen auch heute noch die Auslegung bestimmen müssen (56). Auch in dem hier besonders interessierenden Fall des GWB hat

(52) BVerfGE 10, 244;

(53) BVerfGE 1, 299, 312; 8, 274; 19, 354, 362;

(54) BGH St 1, 74 ff; 10, 157 ff; 13, 5 ff; BGH Z 33, 321 ff; 36, 376 f;

(55) vgl. die Nachweise bei WuW/E BGH 802;

(56) BGH St 2, 99, 103 f; BGH Z 19, 227 ff; 37, 58, 61; 42, 19, 21 f;

der Bundesgerichtshof häufig auf die Entstehungsgeschichte zurückgegriffen (57). Denn nach Ansicht des Bundesgerichtshofs enthält das GWB zahlreiche wirtschaftspolitische Entscheidungen des Gesetzgebers, deren Tragweite sich nicht schon aus dem Wortlaut oder aus dem Sinnzusammenhang der einzelnen Vorschrift oder aus der allgemeinen Zielsetzung des Gesetzes schließen läßt. Daher ist die Entstehungsgeschichte dann als maßgeblich heranzuziehen, wenn sie zuverlässig erkennen läßt, was für einen konkreten Tatbestand der Gesetzgeber bei der von ihm getroffenen Regelung im Auge gehabt hat.

Dem Bundesgerichtshof ist sicher insoweit zuzustimmen, als bei einem so jungen und so schwierigen Gesetz die Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte für die Ermittlung des Willens des Gesetzes geben können, allerdings mit der auch vom Bundesgerichtshof angenommenen Einschränkung, daß die Entstehungsgeschichte wegen der Vielzahl der unterschiedlichen Stimmen und der darin zum Ausdruck kommenden Interessen nur insoweit herangezogen werden kann, als aus ihr ganz eindeutig der Wille des Gesetzgebers zu erschließen ist (58).

Überprüft man nun die Gesetzesmaterialien zum GWB daraufhin, ob sich aus ihnen ein eindeutiger Wille des Gesetzgebers hinsichtlich einer generellen Freistellung der Genossenschaften erschließen läßt, so muß man zu einem negativen Ergebnis kommen. Schon im Vorbereitungsstadium wurde eingehend erörtert, ob die Genossenschaften unter § 1 GWB fallen oder nicht. Im Jahre 1955 machte der Deutsche Genossenschaftsverband den Vorschlag, den § 1 so zu formulieren, daß er nur Verpflichtungen zu einem bestimmten Marktverhalten erfaßt. Dies wurde jedoch von der Bundesregierung nicht für notwendig gehalten, denn "ein Zusammenschluß mehrerer selbständiger Unternehmen, der keine Kartellzwecke verfolgt, d.h. nach seinem Gründungsvertrag oder seiner Satzung nicht die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs beeinflussen will, unterliegt nicht dem Kartellverbot des § 1 des Entwurfs" (59).

In der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf (60) heißt es dann:

(57) vgl. die Nachweise bei WuW/E BGH 803;

(58) WuW/W BGH 803;

(59) Brief des Bundesministers für Wirtschaft, zit. bei Benisch DB 72, 1711;

(60) abgedr. in GK 1. Aufl. S. 1076;

"§ 1 stellt darauf ab, ob Rechtsgeschäfte geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken. Auf ein subjektives Merkmal - etwa derart, daß die Beteiligten die Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigen oder mindestens kennen - verzichtet das Gesetz. Hierfür war in erster Linie maßgeblich, daß es zur Erreichung des Gesetzeszweckes darauf ankommt, Maßnahmen zu bekämpfen, denen eine objektive wettbewerbsbeschränkende Wirkung innewohnt. Folglich ist für die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte des § 1 die objektive Eignung der Maßnahmen entscheidend, nicht die subjektive Einstellung der Beteiligten". Auch während der Beratungen des wirtschaftspolitischen Ausschusses war dieser Punkt Gegenstand der Diskussion. Den Versuchen, eine Klarstellung in den Gesetzestext einzubringen, daß Zusammenschlüsse zum Zweck des billigeren Bezuges nicht wettbewerbsbeschränkend seien, stand die Ansicht entgegen, daß es alleine auf den materiellen Inhalt des Vertrages ankomme, also nur auf den Tatbestand der Bindung der Beteiligten. Dies aber ergebe sich schon hinreichend aus der Formulierung "durch Beschränkung des Wettbewerbs" in § 1 GWB, so daß eine weitere Klarstellung nicht erforderlich sei.

In einem ausführlichen Bericht über den Stand der Beratungen wurde durch den Vertreter des Bundeswirtschaftsministeriums als Ergebnis festgehalten: "Es blieb offen, ob Einkaufsgenossenschaften, auch ohne Verpflichtung zu einem bestimmten, den Wettbewerb beschränkenden Marktverhalten unter das Verbot von § 1 fallen würden" (61). Weiterhin wurde ausgeführt, daß sich der wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestages der Ansicht der Regierung angeschlossen habe und die Meinung vertrete, daß bei der Beurteilung von Einkaufsvereinigungen nicht die Rechtsform des Vertrages, sondern sein materieller Inhalt entscheidend sei. In dem abschließenden Bericht des Ausschusses heißt es dann: "Ein Zusammenschluß mehrerer selbständiger Unternehmen, der nach Gründungsvertrag oder Satzung nicht die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen geeignet ist, unterliegt nicht dem Verbot des § 1. Werden aber durch Vertrag oder Beschluß Verpflichtungen zu einem bestimmten, den Wettbewerb beschränkenden Marktverhalten begründet,

(61) Anlage zum Protokoll Nr. 125, 5;

sind die Voraussetzungen des § 1 erfüllt. Angesichts dieser Rechtslage sah der Ausschuß keine Notwendigkeit für eine Sonderregelung zugunsten von Genossenschaften oder Einkaufsgemeinschaften" (62).

Aus diesen Äußerungen nun herauszulesen, daß der Gesetzgeber die Genossenschaften generell freigestellt haben wollte, ist nicht möglich. Denn auch in diesem abschließenden Bericht wird in erster Linie auf den materiellen Inhalt des Vertrages abgestellt. Das Hervorheben der rechtlichen Verpflichtung kann daher auch hier nicht so ausgelegt werden, daß ohne eine solche rechtliche Verpflichtung keine nach § 1 GWB zu beurteilende Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt werden könnte (63). Einmal sind die Äußerungen im beratenden Ausschuß keineswegs einheitlich. Vielmehr wurde den Versuchen, eine generelle und ausdrückliche Freistellung der Genossenschaften in den Gesetzestext zu bringen, entgegengehalten, daß es auf den materiellen Inhalt ankomme. Allerdings soll auch nicht verschwiegen werden, daß im Ausschuß allgemein die Ansicht vertreten wurde, daß die Genossenschaften zum damaligen Zeitpunkt nicht unter § 1 GWB fielen, da sie die Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllten. Diese Ansicht ändert aber nichts an der Erheblichkeit des materiellen Vertragsinhalts und bedeutet keineswegs eine generelle Freistellung von § 1 GWB.

Zum anderen ist zu bedenken, daß es sich bei den hier angeführten Meinungen um Äußerungen der Bundesregierung und von Ausschußmitgliedern handelt und es erscheint fraglich, ob diese mit dem maßgeblichen Willen des Gesetzgebers gleichgesetzt werden können. Zwar wird es oft so sein, daß das abstimmende Parlament zu einzelnen Vorschriften keine eigenen Vorstellungen mehr entwickelt, sondern die in den Ausschüssen erörterten Grundsätze in sein Votum aufnimmt (64). Doch daß das Parlament damit alle zu einzelnen Fragen geäußerten Ansichten der Ausschußmitglieder in Bausch und Bogen ohne eigene Prüfung übernimmt und gutheißt, ist eine wohl unzutreffende Fiktion (65).

(62) abgedr. in GK 1. Aufl. S. 1175;

(63) ebso. auch BGH in WuW/E BGH 1372;

(64) damit will Benisch z.B. die Maßgeblichkeit der Äußerungen von Ausschußmitgliedern belegen DB 72, 1712; so auch Müller-Gries 1. Aufl. S. 420;

(65) vgl. Larenz a.a.O. S. 308 f;

Eine solche distanzierende Betrachtung der einzelnen Meinungsäußerungen empfiehlt sich schon deshalb, weil gerade bei den Beratungen zum GWB sehr oft und auch sehr eindringlich versucht wurde, den Interessen einzelner Wirtschaftsgruppen Geltung zu verschaffen (66). Darüber hinaus ist zu bedenken, daß es sich bei dem GWB um eine sehr schwierige und ungewohnte Materie handelte, bei der die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe und Personen noch nicht in jedem Falle in der Lage waren, die wettbewerbspolitischen Auswirkungen ihrer Entscheidungen zu übersehen (67).

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß sich aus der Gesetzesgeschichte des GWB kein eindeutiger Wille des Gesetzgebers zu einer generellen Freistellung der Genossenschaften von § 1 GWB erschließen läßt. Als entscheidendes Kriterium für eine Anwendung des § 1 GWB ist vielmehr auch nach den Gesetzesmaterialien stets der materielle Inhalt eines Vertrages anzusehen.

-
- (66) darauf weist auch Laufke UFITA Bd. 35, 299 hin, während auf der anderen Seite solchen Interessen oft aus taktischen Gründen beigetreten wurde, um das Gesetz nicht zu gefährden;
- (67) vgl. die Kritik v. Günther(1) S. 14, Seydel NJW 57, 1300; Bartholomeyczik in GK vor § 22, 23 der von einer Fehlgeburt spricht; auch v. Köhler NJW 64, 572;

B Die genossenschaftliche Entwicklung und ihre Besonderheit

I Die Entwicklung

Ausgangspunkt für die Gründung der Genossenschaften in der 2. Hälfte des vorigen Jahrhunderts war die Überlegung, daß den vom Staat und vom Wirtschaftsaufschwung vergessenen Bauern und Kleinunternehmern nur geholfen werden konnte, wenn sie selbst die Initiative dazu ergriffen. Ein solches Vorhaben war schon wegen des fehlenden Kapitals bei den Einzelnen nur möglich, wenn sich mehrere zusammenschlossen, um gemeinsam an der Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Lage zu arbeiten. Als erste Maßnahme dazu bot sich der Versuch an, durch gemeinsame Bestellung einen verbilligten Bezug von Waren zu erreichen. Daher bestand die ursprüngliche Aufgabe der Genossenschaft darin, die Aufträge der Mitglieder zu sammeln, um durch die Bündelung der Nachfrage günstigere Einkaufsbedingungen zu erlangen. Dazu kamen dann immer weitere Aufgaben, wie die Lagerhaltung, die Einrichtung von Abfüllvorrichtungen usw.

Im weiteren Verlauf genügte aber die Beschränkung auf solche untergeordneten Hilfsfunktionen nicht mehr, um den in § 1 GenG niedergelegten Förderungsauftrag optimal zu erfüllen. Das immer komplizierter werdende Marktgeschehen und der stärker werdende Druck der Wettbewerber zwang die Genossenschaftsbetriebe selbständiger zu werden und alle solche Aufgaben zu übernehmen, die auch andere Großhandelsunternehmen erfüllten. Der Genossenschaftsbetrieb mußte zur Beschaffungsseite eine eigene Marktpolitik unabhängig von den einzelnen Mitgliederbestellungen betreiben. Auf der anderen Seite lockerte sich das ideologische Band zwischen den Mitgliedern und ihrer Genossenschaft und in den Vordergrund trat die ökonomische Beziehung. Das bedeutet, daß die Mitglieder rechenhafter wurden und die Genossenschaftspreise mit den Marktpreisen verglichen. Da nun die Beziehung zum Genossenschaftsbetrieb hauptsächlich von wirtschaftlichen Erwägungen abhing, repräsentierte sich der genossenschaftliche Betrieb nur noch als einer von mehreren präsumptiven Marktpartnern (68).

Dieser Unsicherheitsfaktor, der in die geschäftlichen Beziehungen

(68) Henzler, Die Genossenschaft eine fördernde Betriebswirtschaft S. 72; ZfgG 56, 13;

eingetreten war, zwang die Genossenschaft dazu, auch auf der Mitgliederseite unternehmerische Aktivität zu entwickeln. Sie mußte nun den Markt ständig nach zwei Seiten durchforschen, Risiken abwehren und die potentiellen Marktpartner, auch wenn sie Mitglieder waren, umwerben. Der Genossenschaftsbetrieb war nun nicht mehr allein durch die Bestellungen der Mitglieder determiniert, sondern er mußte selbständig Planung betreiben, d.h. er war zu einer von den effektiven Aufträgen der Mitglieder unabhängigen Preis- und Mengenpolitik gezwungen. Daher wurde auch oft das Nichtmitgliedergeschäft aufgenommen (69).

In diesem Stadium der Entwicklung unterscheiden sich die Beziehungen zu den Mitgliedern nicht mehr wesentlich von Nur-Käuferbeziehungen. Mit der Wandlung des Genossenschaftsbetriebs von einem Organbetrieb der Mitgliederwirtschaften zu deren Marktkontrahent, der im Einzelfall gewählt oder nicht gewählt wird, sind die Leistungsbeziehungen zum Mitgliedsbetrieb zu einer Marktfunktion geworden (70).

Die Entwicklung blieb aber hierbei nicht stehen, denn durch das rasche Vordringen und die großen Erfolge anderer Handelsorganisationen, vor allem der freiwilligen Ketten, sahen sich die Genossenschaften veranlaßt, die gelockerten Bindungen zu den Mitgliedern wieder zu verstärken. Wie das Beispiel der anderen Handelsorganisationen zeigte, genügte es für eine erfolgreiche Förderung der Mitglieder nicht mehr, nur den Einkauf zu zentralisieren, um dadurch bei den Herstellern oder Importeuren höhere Rabatte zu erzielen. Um wettbewerbsfähig bleiben zu können, mußten sich die gemeinschaftlichen Bemühungen auch auf die Absatzpolitik der Mitgliederbetriebe erstrecken, darüber hinaus auf die gesamte Organisation der Mitgliederbetriebe, um eine entsprechende Rationalisierung und Schlagkraft zu erreichen. Zu diesem Zwecke sind eine ganze Reihe von Maßnahmen getätigt worden, wobei sich die Aufgaben des Einsatzes und der Koordinierung dieser Maßnahmen immer mehr von den Einzelgenossenschaften auf die i.d.R. bundesweit tätigen Zentralgenossenschaften verlagerten (71).

(69) Dülfer, Strukturprobleme der Genossenschaft in der Gegenwart S. 17; Kathrein ZfgG 60, 135;

(70) Henzler ZfgG 56, 13;

(71) zum Aufbau der Genossenschaften vgl. unten S. 27 ff;

Diese sind mehr und mehr von dem reinen Vermittlungsgeschäft mit teilweiser Übernahme des Delkredere abgekommen und zu einer Zentralisierung der Einkaufstätigkeit durch Aufnahme des Eigengeschäfts gelangt. Die Auftragskonzentration beträgt nunmehr bei den Zentralgenossenschaft 80 - 86 % (72) und bei den Einzelgenossenschaften 60 - 65 % (73), wobei sich der dezentrale Beschaffungsanteil hauptsächlich aus Frischwaren zusammensetzt, die von der Genossenschaft nicht zentral geführt werden können. "Es ist anzunehmen, daß eine Unterscheidung nach Warenmärkten die zentrale Beschaffung sämtlicher Markenartikel und fast aller anonymen Massenartikel erkennen ließe. Dadurch konzentriert sich die Nachfrage tatsächlich bei wenigen Stellen" (74).

Als ein sehr geeignetes Mittel, eine solche verstärkte Auftragskonzentration zu erreichen, haben sich die Eigenmarken erwiesen, die daher auch als anerkanntes Marktinstrument gepriesen werden (75). Dabei werden bevorzugt Massengüter mit hoher Umschlaggeschwindigkeit als Handelsmarken propagiert, da hierbei der größte ökonomische Effekt durch die Erschließung einer großen Verbraucherzahl zu erreichen ist. Weiter gelingt es dann durch die von der Zentralgenossenschaft betriebenen Sortimentspolitik, das Angebotsprogramm weitgehend zu vereinheitlichen, wodurch man gegenüber dem Verbraucher als geschlossene Einheit auftreten kann. Daher wird auch in der Gemeinschaftswerbung das Schwergewicht auf die Eigenmarken gelegt. Denn erklärtes Ziel dieser Eigenmarkenpolitik ist es, die Austauschbarkeit und Vergleichbarkeit der Waren für den Verbraucher zu erschweren und einen eigenen Markt für die jeweilige Handelsmarke zu schaffen (76). Das hat dazu geführt, daß der Verbraucher das einzelne Produkt weitgehend mit der Organisation identifiziert, so daß der Einzelhändler, der dem Verbraucher in erster Linie als

(72) Eli a.a.O. S. 95; nach Gabriel, Genossenschaften und Konzentration S. 500 ca. 60 % bei der GEG;

(73) SZ v. 24.5.72;

(74) Traumann, Auswirkungen von Zusammenschlüssen auf Einzelhandelsgeschäfte mit Lebensmitteln S. 67;

(75) Diederichs, Selektion im Genossenschaftswesen S. 62;

(76) Paulig MA 69, 148;

Mitglied der Organisation entgegentritt, gezwungen ist, die einzelnen Eigenmarken zu führen (77).

Auf dem Gebiet der Nicht-Markenwaren wird eine gewisse Einheitlichkeit durch das gleichzeitige Führen von Sonderangeboten erreicht. Ähnliches gilt für die importierte Ware, für die die Zentralgenossenschaften die Verpackungsfunktion übernommen haben. Darüber hinaus geben die Zentralgenossenschaften vielfach Preisempfehlungen, die von den Einzelhändlern überwiegend als Kalkulationshilfe gewünscht und auch befolgt werden (78). Daneben gibt es noch eine Reihe sonstiger Hilfs- und Betreuungsleistungen, so die Finanzierungshilfen durch Kreditgewährung, Einsatz von Betriebsberatern, zentrale Schulungsstätten, zentrale Buchungsstelle u.ä. mehr (79). Ergänzt werden diese Maßnahmen durch eine zentrale Planung, die die Belange der gesamten Gruppe berücksichtigt. So werden Marktanalysen vorgenommen und deren Ergebnisse als Empfehlungen an die Genossenschaftsmitglieder weitergegeben. Die Zentralgenossenschaft betreibt weiterhin eine aktive Politik der Standortsicherung mit dem Ziel, durch Gründung von Regiebetrieben der Genossenschaftsgruppe umsatzträchtige Standorte für Einzelhandelsgeschäfte zu sichern. Sie verfolgt auch die Erforschung neuer Verkaufsmethoden und errichtet nach den dabei gewonnenen Erkenntnissen selbst neue Vertriebsformen oder gewährt Finanzhilfen für die Umgestaltung der Mitgliederbetriebe (80).

Die Übernahme all dieser Funktionen bedingt die Ansammlung großer Finanzmittel bei den Zentralgenossenschaften. Da die Beitragsleistungen der Mitglieder nicht ausreichen, sind die Genossenschaften zur Selbstfinanzierung durch Bildung offener und versteckter Rücklagen übergegangen. Diese haben bei vielen Genossenschaften einen beachtlichen Anteil erreicht und die Bedeutung der Anteilsfinanzierung sinken lassen.

Diese Übernahme neuer Aufgaben führt auch zu einer Verschiebung in

(77) Nester, Nachfragemacht ... S. 74; Pfüller, Der Genossenschaftsverbund S. 103; Angehrn, Handelsmarken ... S. 33;

(78) Pfüller a.a.O. S. 107;

(79) Pfüller a.a.O. S. 180;

(80) vgl. SZ v. 24.5.72; Jahresbericht 1974 des Edeka-Verbandes; Jahresbericht 1974 der Rewe-Zentralorganisationen;

der Entscheidungsgewichtigkeit der Genossenschaftsorgane. Nach dem Gesetz ist die Generalversammlung der Genossen das oberste Entscheidungsorgan (81), da ihr gewisse unentziehbare Rechte, wie Bestellung und Abberufung des Vorstandes und des Aufsichtsrates, die Prüfung des Jahresabschlusses, die Verteilung von Gewinn und Verlust und Beschlüsse über Satzungsänderungen, zustehen. Darüber hinaus war sie auch bisher zuständig für die Geschäftsführung und dem Vorstand gegenüber jederzeit weisungsberechtigt. Wollte die Generalversammlung diese Möglichkeit tatsächlich wahrnehmen, so erforderte dies einen ständigen Einsatzwillen der Genossen. Der Einsatz benötigte aber wieder einen zu großen Zeitaufwand, nicht zuletzt wegen des bisherigen (82) ein Mann - eine Stimme - Prinzips, so daß mit wachsender Größe der Genossenschaft die aktive Teilnahme der Genossen immer mehr zurückging (83). Auch überfordert die Kompliziertheit des Marktgeschehens und der Geschäftsführung das Verständnis der meisten Genossen, so daß auch von daher der Wunsch gering ist, die nach dem Gesetz gegebenen Möglichkeiten voll auszuschöpfen. Das hat dazu geführt, daß die Generalversammlung nur ein- oder zweimal (84) im Jahr zusammentritt und sich dann auf die im Gesetz oder der Satzung festgelegten Beschlüsse beschränkt. Die Versammlung verliert ihre Bedeutung als willensbildendes Organ und überläßt die Initiative der Geschäftsführung. Dieser verbleibt daher ein verhältnismäßig großer Spielraum, so daß man heute von der Autonomie der genossenschaftlichen Leitung spricht (85). Denn auch der Aufsichtsrat, eigentlich zur Überwachung des Vorstandes eingesetzt, ist oft stark in die Nähe der Mitverantwortung für die Geschäftsführung gebracht und in sie einbezogen (86). So kommt es vor, daß in Satzungen eine gemeinsame Zuständigkeit des Vorstandes und des Aufsichtsrates für unternehmerische Aufgaben vorgesehen ist (87) und daß sie gemeinsam tagen (88).

(81) Blümle, Wachstum und Willensbildung S. 455;

(82) durch die Novelle v. 9.10.73 ist jetzt die Möglichkeit eines Mehrstimmrechts eingeführt worden, § 43 III, S. 2 GenG;

(83) Klemann, Das Management in Genossenschaften ... S. 50;

(84) Eschenburg, Theorie und Praxis der Kooperation S. 67;

(85) Henzler, Zur Reform ... S. 56;

(86) Menzel ZfG 68, 162;

(87) vgl. § 26 der Mustersatzung des Deutschen Genossenschaftsverbandes, 1966;

(88) Klemann a.a.O. S. 65;

Die Geschäftsführung besteht zum großen Teil aus angestellten Managern, die den Genossen an Sachverstand überlegen sind. Dabei können sich nun divergierende Interessen entwickeln, denn die Geschäftsführung wird in erster Linie bestrebt sein, dem Interesse des Genossenschaftsbetriebs zu dienen (89), insbes. durch verstärkte Eigenkapitalbildung und Umsatzsteigerung, die nicht nur durch direkte Unterstützung der Mitglieder erreicht wird, sondern auch durch die Errichtung von Eigenregieläden. Beides kann mit den Interessen der Mitglieder in Konflikt geraten, denn verstärkte Eigenkapitalbildung schmälert den Gewinn und die Regieläden treten oft als Konkurrenten der Genossen auf und entziehen ihnen die Kundschaft. Die Versammlung beschließt zwar über die Verteilung des Gewinns, was aber als Gewinn ausgewiesen wird, liegt weitgehend in der Hand der Geschäftsführung. Über deren Vorschläge kann sich zwar die Versammlung hinwegsetzen, doch fehlt es ihr in der Mehrzahl an dem dazu erforderlichen Sachverstand und der Information, so daß sich die Leitung sehr viel eher durchsetzen wird (90).

Dieser Interessenkonflikt muß nicht immer in Form eines Gegensatzes auftreten, doch zeugt er von einer Verschiebung der Gewichtigkeit. Denn auf Dauer ist eine Erfüllung des Managerinteresses nur möglich, wenn auch der Förderungsauftrag erfüllt wird. Nur kann der Genosse die Entscheidungen der Geschäftsführung im einzelnen nicht mehr kontrollieren, er muß sich ihnen unterwerfen, auch wenn sie gegen seine momentanen persönlichen Interessen verstoßen.

Der Einzelhändler ist nicht mehr der unabhängige Unternehmer, der in allen Dingen frei entscheidet. So muß das Mitglied z.B. seine Bestellungen auf vorbereiteten Formularen und in bestimmter Frist einreichen. Die Lieferungen erfolgen fest zusammengestellt in geschlossenen Behältern und können nicht mehr geändert werden. Die Werbung wird zentral geleitet und das Mitglied muß sich dieser Gemeinschaftswerbung anschließen. Es muß Sonderangebote auch dann anbieten, wenn es seine örtliche Wettbewerbslage nicht erfordert (91).

(89) Klemann a.a.O. S. 81; Eschenburg a.a.O. S. 68;

(90) Eschenburg a.a.O. S. 68

(91) Dülfer a.a.O. S. 21;

Stärkster Ausdruck der veränderten Stellung des Einzelhändlers ist die aktive Selektionspolitik der Genossenschaften (92). Solche Strukturbereinigungen im Mitgliederkreis finden sowohl auf der Ebene der Einzelhändler als auch der Einzelgenossenschaften statt (93), die entweder aufgelöst oder zusammengelegt werden. Im Bereich der Einzelhändler erfolgt der Prozeß des Gesundheitschumpfens dadurch, daß die Kleinst- und Kümmerbetriebe den erhöhten Anforderungen, die die Genossenschaften an sie stellen, nicht mehr gewachsen sind und daher aus dem Markt ausscheiden müssen. Die Genossenschaften haben, um ihren leistungsfähigen Mitgliedern die gleichen Wettbewerbsvorteile wie die freiwilligen Ketten und die Großbetriebe gewähren zu können, ihre Leistungen streng rationalisiert. Es wurden feste Liefer- und Bestelltermine mit festen Bestellgrößen eingeführt (94). Umsatzschwache Mitglieder werden seltener oder gar nicht mehr beliefert, sie müssen sich ihre Waren selbst abholen (95). Vom Vorstand wurde ein progressiv gestaltetes Rabattsystem eingeführt, dazu oft noch eine Mengenstaffel für einzelne Produkte, Konzentrationsrabatte und Sonderprämien für Umsatzsteigerungen (96). Vielfach sind die Genossenschaften auch dazu übergegangen, die entstandenen Gemeinkosten nach dem Verursachungsprinzip auf die Genossen umzulegen. Die Waren werden den Genossen zu Nettopreisen verrechnet, worauf dann ein Aufschlag für die anteilig entstandenen Kosten berechnet wird (97).

Dadurch wird erreicht, daß umsatzschwache Genossen ihren relativ höheren Anteil an den Gemeinkosten vollständig selbst tragen müssen, wodurch ihr Stückgewinn im Vergleich zu größeren Betrieben gedrückt wird.

Die Selektion durch Regelung der Geschäftsbeziehungen zeigt deutlich die Abhängigkeit des einzelnen Genossen von der Geschäftslei-

(92) Traumann a.a.O. S. 92;

(93) bei Edeka wurde das Großhandelsnetz von 240 auf 80 Betriebe verringert, die Zahl der Einzelhändler ging 1971 von 33.210 auf 30.548 zurück, FAZ v. 14.6.72;

(94) Schultz, Einkaufsgenossenschaften und freiwillige Ketten S. 18; Kleinen a.a.O. S. 174;

(95) Klemann a.a.O. S. 65, 95;

(96) Klemann a.a.O. S. 83; Schultz a.a.O. S. 18; Klein, Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften S. 107;

(97) Schultz a.a.O. S. 18; Boettcher, Selektion im Genossenschaftswesen, S. 9; Menzel ZfgG 68, 152 ff; Gabriel a.a.O. 485 zu den Konsumgen.;

tung. Infolge ihres wirtschaftlichen Übergewichts sind ihre Vorschläge und Maßnahmen durchsetzbar geworden. Dem Genossen bleibt nichts anderes übrig, als sich anzupassen und seinen Einkauf auf die Genossenschaft zu konzentrieren oder, falls er auch dann nicht die Wirtschaftlichkeitsgrenze überschreitet, auszuschneiden. Ausschneiden bedeutet zumindest einen zeitweiligen Umsatzverlust, da er sein Ladengeschäft umgestalten muß und er einen Großteil seines bisherigen Sortiments nicht mehr führen kann. Für den umsatzschwachen Betrieb bedeutet Selektion i.d.R. völliges Verschwinden vom Markt, da er auch bei anderen Gruppen keinen Anschluß finden wird und er ohne einen solchen Anschluß nicht wettbewerbsfähig ist. Dieser Entwicklungstyp wird heute, nach Dülfer (98), als integrierte Genossenschaft bezeichnet. Wurden anfangs diese Entwicklungstendenzen noch angegriffen als dem wahren Geist der Genossenschaft widersprechend und als Einzelentgleisung bezeichnet (99), so setzt sich doch mehr und mehr die Erkenntnis durch, daß dies möglicherweise der einzige Weg ist, um die Einzelhändler wettbewerbsfähig zu halten. Man wird also damit rechnen müssen, daß der Trend zur integrierten Genossenschaft noch weiter anhalten wird und vielleicht sogar als einzige Form überleben wird. Jetzt schon ist dieser Typ vor allem im landwirtschaftlichen Bereich verbreitet, sowie bei den Händlergenossenschaften und den Konsumgenossenschaften.

II Das Merkmal der funktionalen Verbindung

Bei den früheren Untersuchungen (100) wurde häufig versucht, das Problem der Genossenschaften kartellrechtlich dadurch in den Griff zu bekommen, daß man unterschied zwischen der Genossenschaft als Personenvereinigung und der Genossenschaft als Unternehmen, das zu den Genossen normale Geschäftsbeziehungen unterhält. An dieser Ansicht ist richtig, daß innerhalb des Genossenschaftskomplexes zwei organisatorisch getrennte Bereiche vorliegen, einmal die Genossenschaftsgruppe, die sich wirtschaftlich als die Gesamtheit der Mit-

(98) Strukturprobleme der Genossenschaft in der Gegenwart S. 21 ff;

(99) vgl. Dülfer, a.a.O. S. 21;

(100) z.B. Ewald WuW 56, 260; OLG Celle BB 55, 431; BKartA TB 63, 50; 65, 32;

gliederbetriebe darstellt, und der Genossenschaftsbetrieb. Diese organisatorische Trennung bedeutet aber noch nicht, daß diese beiden Gruppen sich auch rechtlich und wirtschaftlich als zwei getrennte Bereiche gegenüberstehen.

Um das Wesen dieses Genossenschaftskomplexes richtig beurteilen zu können, muß eine der wesentlichen Eigenarten der Genossenschaft berücksichtigt werden. Nach Eschenburg (101) ist als eigentliches Identifikationsmerkmal der Genossenschaft die Identität von Trägern und Kunden bzw. Lieferanten anzusehen. Demgegenüber sind die Doppelnatur, gemeinsam getragene Unternehmung einerseits, Gruppe der Träger andererseits, als auch der Förderungsauftrag - der Auftrag der Träger an die Leitung, die Geschäfte im Interesse der Mitglieder zu führen - Attribute jeder beliebigen Gesellschaftsunternehmung. Erst die Kombination von Träger- und Leistungsinteresse beim Mitglied selbst bedingt besondere Probleme und grenzt die Genossenschaft von anderen Gesellschaftsunternehmen ab.

Diese Identität erfordert für eine fruchtbare Zusammenarbeit in geschäftlicher Beziehung, daß die jeweiligen Interessen der Einzelnen optimal gelöst werden, da der Einzelne nur dann zu einer solchen Kooperation bereit sein wird, wenn er das Gefühl hat, daß er unter den gegebenen Umständen nicht mehr für sich hat herausholen können. Daher ist diejenige Interessenlösung optimal, die einstimmig in dem dafür zuständigen Gremium der Mitgliederversammlung angenommen wird. Eine einmal gefundene Lösung ist aber nur so lange optimal, als die ihr zugrundeliegenden Fakten sich nicht ändern, d.h. jedesmal wenn sich aufgrund unvorhergesehener oder unvorhersehbarer Ereignisse die wirtschaftliche Situation des einzelnen Mitglieds oder die Zahl der beteiligten Mitglieder ändert und neue Aktionsmöglichkeiten erkannt werden, ändert sich auch die optimale Verteilungslösung, so daß dann auch wieder eine neue einstimmige Entscheidung zu treffen ist.

Bevor es aber zu einer solchen Einigung kommen kann, müssen die nötigen Informationen beschafft, ausgetauscht, gespeichert und bearbeitet werden. Das kostet ebenso Geld wie für die anschließende Ent-

(101) Genossenschaftstheorie als Konflikttheorie;

(102) Eschenburg a.a.O. S. 61;

scheidungsfindung Zeit benötigt wird. Dabei können die Informations- und Verhandlungskosten, die mit zunehmender Zahl der Beteiligten überproportional steigen, so hoch werden, daß sie den Vorteil aus der Kooperation übersteigen. Daher werden rational denkende Wirtschaftssubjekte schon von Anfang an versuchen, die Kosten für die jeweiligen Entscheidungen zu senken, da anderenfalls die Kooperation unterbleiben muß, wenn die Kosten der Entscheidungsfindung den Kooperationserfolg übersteigen. Diese Entscheidungskosten lassen sich senken, indem die Mitglieder einmal die Anzahl der Entscheidungen verringern und Einzelentscheidungen durch Globalentscheidungen ersetzen, zum anderen, daß sie nicht mehr alle Entscheidungen selbst fällen, sondern dies ein Entscheidungsorgan mit weniger Beteiligten tun lassen. Dadurch wird zwar auf eine optimale Lösung eines jeden Einzelfalles verzichtet, doch wiegen die verringerten Kosten diesen Nachteil wieder auf.

Das Verhalten der einzelnen Mitglieder wird dann bei dieser Zuständigkeitskonstruktion nicht mehr in gemeinsamen Beschlüssen direkt festgelegt, sondern über organisatorische Regelungen gesteuert (102). So gewinnt die Organisationsstruktur Bedeutung für das Verhalten des einzelnen Mitglieds, indem sie die Position bestimmt, in der jeder Einzelne sich befindet.

Aus dieser Organisationsstruktur ergibt sich eine Folgerung, die für die kartellrechtliche Beurteilung von großer Bedeutung ist. Die Abhängigkeit des Entscheidungsorgans von der Zuständigkeitszuweisung durch die Gesamtheit der Mitglieder bedeutet nämlich, daß alle seine Entscheidungen, die das geschäftliche Verhältnis zwischen Genossenschaftsbetrieb und Mitgliederbetrieb betreffen, nichts anderes sind als ein Ersatz für einen sonst erforderlichen Mitgliederbeschuß. Von der Funktion her sind also solche "vertikalen" Maßnahmen der Entscheidungsorgane nichts anderes als ein "horizontaler" Beschluß, wobei die Form der Einzelmaßnahme das umständlichere kollektive Beschlußverfahren nur aus Kostengründen ersetzt. Aus dieser Sicht folgt dann auch, daß das Entscheidungsorgan nicht mehr entscheiden kann als es die Kooperationsmitglieder gemeinsam tun können-

(102) Eschenburg a.a.O. S. 61;

ten und nicht mehr als die Mitglieder ihm durch eine Globalentscheidung zugewiesen haben.

Diese Übertragung der Entscheidungszuständigkeit auf ein besonderes Organ hat zur Folge, daß diese "Steuerungsstelle" mehr Wissen ansammelt und daher auch besser entscheiden kann. Bei dieser Zuständigkeitsverteilung ist das einzelne Mitglied bald nicht mehr in der Lage, das Organ voll zu kontrollieren, es muß vielmehr auf die Überlegenheit des Organs vertrauen. Dieses hinwiederum muß, wenn es auf Dauer Erfolg haben will, dieses Vertrauen rechtfertigen. Das bedeutet, daß es sich immer mehr Information beschaffen muß und auch dafür sorgen muß, daß diese Informationen von den Mitgliedern richtig verwertet werden. Dülfer (103) beschreibt dies so, "daß in der Gesamtorganisation Regler entstehen und Regelkreise mit entsprechenden Informationswegen eingerichtet werden, die "von oben" in den Genossenschaftsbetrieb hineinwirken. Das Steuerungs- bzw. Regelungs-System beschränkt sich nicht mehr auf die einzelne Genossenschaft, sondern umfaßt eine organisierte Gruppe von Genossenschaftsbetrieben und deren Mitgliederbetrieben".

Dieser geschilderte Regelkreis führt nun dazu, daß das Entscheidungsorgan das einzelne Mitglied bei der Funktionsausübung nicht mehr nur berät, sondern es sogar steuert, was nichts anderes bedeutet, als daß es die Funktion selbst ausübt. Als Folge davon werden viele Funktionen, wie Einkauf, Marktbeobachtung, Werbung usw. von den Mitgliedern aus ihren Betrieben auch organisatorisch ausgeschieden und vollständig auf die Steuerungsstelle übertragen. Aber auch für die anderen Bereiche, wie Verkauf, Personalführung usw., läßt sich feststellen, daß das Mitglied nicht mehr selbständig plant und entscheidet, sondern daß es auf die ihm gelieferten Daten und die damit verbundenen Vorschläge angewiesen ist.

Aus dieser organisatorischen Regelung und der daraus folgenden Funktionsübernahme ergibt sich eine Bindung der Mitglieder an die Maßnahmen der Steuerungsstelle. Diese Bindung wirkt sich nun im vertikalen Verhältnis zwischen dem Genossenschaftsbetrieb und den

(103) a.a.O. S. 24;

Mitgliedern aus, doch beruht sie nicht auf einer vertraglichen Vereinbarung über geschäftliche Beziehungen zwischen der Genossenschaft und dem Mitglied, sondern auf der organisatorischen und funktionalen Verknüpfung der beiden Bereiche.

Exkurs: Überblick über den Organisationsaufbau bei den Einkaufs-
genossenschaften und der Konsumgenossenschaft im Lebens-
mittelhandel

Bei dem Gesamtsystem der Genossenschaften kann man unterscheiden zwischen einer ideellen und einer wirtschaftlichen Organisation (104). Erstere besteht aus den Regional- und Zentralverbänden, deren Hauptaufgabe in der Interessenvertretung sowie in der Überwachung und Beratung der ihnen angeschlossenen Genossenschaften besteht, sie selbst üben keine Geschäftstätigkeit aus.

Die wirtschaftliche Organisation ist i.d.R. zwei- oder dreistufig (105) und besteht aus den Einzelgenossenschaften, Zentralen auf Regionalebene und den Spitzenzentralen für das gesamte Bundesgebiet. Diese Grundstruktur hat durch zahlreiche zusätzliche Einrichtungen Ausformungen und Wandlungen erfahren. Hier soll nur gezeigt werden, welches Bild sich bei Edeka und Rewe nach den jüngst erfolgten Umorganisationen ergibt. In beiden Genossenschaftsverbänden wurden die Spitzeninstitute in Aktiengesellschaften umgewandelt, deren Aktionäre regionale Handelsgesellschaften bzw. die Einzelgenossenschaften sind. Im Mittelbau ist eine Verringerung der Zahl der Einzelgenossenschaften und deren Stärkung durch weitere Zusammenlegung geplant. Dies geschieht in der Weise, daß mit 50 %iger Beteiligung der Zentrale (106) regionale Handelsgesellschaften in Form der GmbH oder der GmbH & Co KG (107) gegründet werden, die von den Einzelgenossenschaften und den Einzelhändlern getragen werden. Mit dieser Konstruktion wird eine doppelte Verbindung erreicht, ein-

(104) Pfüller a.a.O. S. 1;

(105) bei Edeka und Rewe besteht ein zweistufiger Aufbau;

(106) Gabriel a.a.O. S. 493 vermutet, daß die Beteiligung noch höher sein wird;

(107) bei Edeka die GmbH, bei Rewe die GmbH & Co KG; vgl. Gabriel a.a.O. S. 492; Jahresbericht 1974 der Rewe-Zentralorganisationen;

mal sind die Einzelgenossenschaften Aktionäre der Zentrale AG und zum anderen ist diese über ihre Tochter die Warenhandelsgesellschaft zu 50 % an den regionalen Handelsgesellschaften beteiligt, die auf der Stufe der Einzelgenossenschaften gegründet werden und die die Heterogenität in Größe und Leistungsfähigkeit der regionalen Großhandlungen beseitigen sollen. Die Einzelgenossenschaften übertragen ihr Warengeschäft auf die Handelsgesellschaft, während ihnen die Dienstleistungsfunktionen und die Verwaltung der Immobilien verbleiben (108).

Dadurch wird auch die Finanzierungsbasis verbreitert werden, indem man durch angemessene Verzinsung oder eine Gewinngarantie mit Verlustausschluß im Innenverhältnis freies Kapital der Einzelkaufleute anzieht, das diese dann in Form einer stillen Beteiligung oder als Kommanditisteneinlage einbringen können. Das bedeutet außer dem eine Verstärkung der Marktposition, da die Warenhandelsgesellschaft für die regionalen Handelsgesellschaften im eigenen Namen einkaufen kann.

In verstärktem Maße wird auch die Gründung von Regiebetrieben und Filialen vorangetrieben, sowohl durch die Einzelgenossenschaften als auch durch die Zentralen (109). Daneben gibt es noch sog. Gemeinschaftsläden oft in Form der GmbH & Co KG (110). Dabei wird die GmbH von der Genossenschaft gegründet, diese bildet dann mit interessierten Genossen als Kommanditisten eine KG, wobei aber das Übergewicht bei der Genossenschaft verbleibt (111). Die Edeka - Zentrale ist ebenfalls über verschiedene Rechtskonstruktionen an zahlreichen Selbstbedienungswarenhäusern und Verbrauchermärkten beteiligt (112). Bei Rewe wurde eine eigene Verkaufsgesellschaft mbH gegründet, deren Zweck es ist, Objekte zu erschließen, Läden einzurichten und sich als stiller Gesellschafter zu beteiligen, bis der Einzelhändler die nötigen Eigenmittel gebildet hat (113).

(108) vgl. Veröffentlichung der Genossenschaftskasse 1970;

(109) 22 Edeka-Gen. verfügen über eigene Filialen, FAZ v. 14.6.72;

(110) Menzel ZfgG 68, 154; Pfüller a.a.O. S. 113;

(111) Klemann a.a.O. S. 81;

(112) nach den Angaben im Jahresbericht des Edeka-Verbandes waren dies im Jahre 1974 76 Einzelhandelsunternehmen;

(113) ähnlich bei Edeka;

Auch bei der Konsumgenossenschaft ist die GEG in eine Co-op AG umgewandelt worden (114), deren Mehrheitsaktionäre die in 20 Regionalzentralen gegliederten Genossenschaften sind. Der Vorstand der AG muß seine Entscheidungen mit einem Führungsrat abstimmen, als dessen Mitglieder die Leiter der Genossenschaften vorgesehen sind.

Die GEG besitzt ebenfalls eine Reihe eigener Co-op Märkte und Filialbetriebe, die sie zusammen mit den örtlichen Genossenschaften betreibt (115). Schon 1967 sind fast alle regionalen Genossenschaften im Bund deutscher Konsumgenossenschaften eGmbH zusammengefaßt und vertikal straff zur Spitze hin integriert worden (116). Die Hauptprinzipien des Bundes lauten (117)

- die Bildung einer zentralen Entscheidungs- und Lenkungsinstanz, mit der Planung unternehmens- und absatzwirtschaftlicher Projekte und der Koordinierung der beteiligten Glieder der Unternehmensgruppe;
- die Richtlinienkompetenz, die ein gleichförmiges Verhalten der Gruppe sicher stellen soll;
- die Mitwirkung des Bundes bei der Bestellung der Genossenschaftsvorstände im Sinne einer koordinierenden Auslese der Besten, als Unterpfand für die Koordinierung auch im personellen Bereich.

Die Planung und Koordinierung beziehen sich auf die Bereiche der Warenbeschaffung und -herstellung, der Lagerung und des Vertriebs, des Ladennetzes und der Sortimente, der Werbung, der Finanzierung und der Investitionen. Rund 10 % des Grundkapitals liegen bei der GEG, die restlichen Anteile halten die einzelnen Genossenschaften, deren Stimmrecht nach Mitgliederzahl, Umsatz und nach ihren Bezügen von der GEG differenziert ist (118).

Eine weitere Straffung des Konsumbereichs erfolgte 1974 durch die Schaffung einer neuen Co-op Zentrale AG, die sich als Holding suk-

(114) Der Spiegel, Nr. 49 v. 27.11.72;

(115) ElI a.a.O. S. 58;

(116) Jahresbericht v. Bund deut. Konsumgenossenschaften 1969, S.5;

(117) Schumacher, Festschrift für Draheim S. 364;

(118) Gabriel a.a.O. S. 499;

zessive mehrheitlich an den noch zu formierenden Regionalgenossenschaften beteiligen soll (119).

Daneben haben die Zentralen eine Reihe verselbständigter Institutionen errichtet, die spezielle Aufgaben für die Genossenschaften und die Einzelhändler wahrnehmen. Als Beispiel sei die Errichtung einer Tiefkühlkette bei Edeka erwähnt (120), die wegen des enormen Finanzaufwandes nur von der Zentrale eingerichtet werden konnte. Die Kette besitzt eigene Tiefkühlager und -wagen, sowie Tiefkühltruhen, die in den Einzelhandelsgeschäften aufgestellt werden. Die schnelle und reibungslose Belieferung der Einzelhändler bedingt dabei eine direkte Zusammenarbeit der Zentrale mit den Einzelhändlern (121).

-
- (119) SZ v. 7.11.74, danach sind u.a. Aktionäre der Holding zu 50 % der Bund deut. Konsumgenossenschaften, zu 15 % der Revisionsverband, zu 25 % die Bank für Gemeinwirtschaft;
 (120) Nester, Nachfragemacht ... S. 32;
 (121) Permien, Markt- und Mitgliederbeziehungen von Warenzentralgenossenschaften S. 50;

C Die Anwendbarkeit der Gegenstandstheorie unter systematischen Aspekten

Ausgangspunkt der Überlegungen muß sein, daß eine Anwendung der Gegenstandstheorie nur sinnvoll ist, wenn damit eine dem System des GWB gerecht werdende Beurteilung des gesamten Genossenschaftskomplexes möglich ist.

Man darf sich nicht mit der Feststellung begnügen, daß in den horizontalen Vereinbarungen wie der Satzung und den Mitgliederbeschlüssen keine rechtlichen Verpflichtungen enthalten sind, sondern man muß untersuchen, welche Folgerungen sich bei der Annahme der Zulässigkeit der horizontalen Vereinbarung für die Beurteilung insgesamt ergeben. Zu fragen ist, ob etwa der gesamte Komplex aus dem Anwendungsbereich des GWB herausgenommen sein soll, wenn § 1 GWB nicht zum Zuge kommt oder ob die Möglichkeit besteht, in diesem Falle andere Bestimmungen des GWB zur Beurteilung des Komplexes heranzuziehen. So gelangt Ewald (122) zur Anwendbarkeit der sonstigen Bestimmungen des GWB, indem er den genossenschaftlichen Komplex getrennt betrachtet und ihn in einen horizontalen Bereich, der den Genossenschaftsbetrieb als Vereinigung von Unternehmen umfaßt, und in einen vertikalen Bereich gliedert, der das Verhältnis des Genossenschaftsbetriebs zu dem einzelnen Mitgliedsbetrieb umfaßt, wobei sich diese wie zwei fremde, auf verschiedenen Wirtschaftsstufen stehende Unternehmen gegenüberstehen sollen (123).

Soll dieses Vorgehen praktikabel sein, so müssen die auf das vertikale Verhältnis anwendbaren Vorschriften des GWB geeignet sein, Wettbewerbsbeschränkungen im vertikalen Bereich zu verhindern. Ob dies zutrifft, kann nur beantwortet werden, wenn die systematische Stellung der anzuwendenden Vorschriften und ihre tatbestandliche Reichweite geklärt sind. Eine solche Überprüfung an den Wertungen, die sich aus der gesetzlichen Systematik ergeben, ist deshalb erforderlich, da sonst nicht zu erkennen ist, ob die Freistellung der Genossenschaften auf der Grundlage der Gegenstandstheorie tatsächlich dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

(122) WuW 56, 260;

(123) ebso. OLG Celle BB 55, 431; BKartA TB 63, 50; 65, 32;

Es ist daher auf zwei Problemkreise einzugehen:

1. die Gesetzessystematik als inhaltliche Bestimmung und Stellenwertverteilung für die einzelnen Normen und
2. die konkreten Voraussetzungen, der in Betracht kommenden Vorschriften. Vorher ist aber noch auf die Bedeutung und die Berechtigung der systematischen Auslegung einzugehen, insbesondere da die Auslegung des GWB nach den "klassischen" Methoden neuerdings stark kritisiert wird (124).

I Die Bedeutung der systematischen Auslegung

Soweit in dieser Kritik behauptet wird, daß die "klassischen" Auslegungsregeln nicht bindend seien und daß sie zu keinem zwingenden Ergebnis führen könnten und ihnen damit jeglicher Wert abgesprochen werden soll, muß dem widersprochen werden. Denn wenn davon auszugehen ist, daß das Auslegungsziel der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers ist, so ist die systematische Auslegung ein unentbehrliches Hilfsmittel zur Erreichung dieses Zwecks. Denn nur mit ihrer Hilfe kann vermieden werden, daß Wertungswidersprüche entstehen (125) und nur so kann gesichert werden, daß alle Normen bei der Auslegung berücksichtigt werden (126).

Die systematische Auslegung wird dabei im Sinne von Canaris (127) als Instrument einer Richtigkeitskontrolle des aufgrund teleologischer Auslegung gefundenen Ergebnisses verstanden. Die systematische Auslegung kann nicht selbstschöpfend Ziele und Werte des Gesetzes herausarbeiten. Mit ihrer Hilfe können aber die aufgrund eines "Vorverständnisses" des Gesetzgebers in Aufbau und Begrifflichkeit implizierten Wertungen aktualisiert werden (128). Sie ermöglicht es,

(124) P. Ulmer WuW 71, 878; Steindorff in Festschrift für Larenz S. 228 ff;

(125) Canaris, Systemdenken und Systembegriff S. 98;

(126) Esser, Methodik des Privatrechts S. 13;

(127) a.a.O. S. 98;

(128) Canaris a.a.O. S. 88 bezeichnet daher die syst. Auslegung nur als besondere Form der teleologischen Auslegung;

intern verlässliche Ableitungs- oder Verträglichkeitsurteile abzugeben (129). Gerade wenn man die Erkenntnis akzeptiert, daß keine der schulmäßigen Auslegungsmethoden zu einem allein richtigen Ergebnis führen kann, und daher darauf abzustellen ist, eine konsensfähige Entscheidung (130) herbeizuführen, erscheint die "Politik" des Gesetzes als alleiniger Auslegungsmaßstab nicht geeignet. Das Ziel, ein vernünftiges Ergebnis zu finden, sagt noch nichts über den Inhalt des Ergebnisses aus und die Beurteilung dessen als vernünftig wird je nach Vorverständnis des Auslegenden unterschiedlich sein, so daß das subjektiv als vernünftig erscheinende Ergebnis noch keineswegs konsensfähig sein muß.

Wenn man sich dessen bewußt ist, daß auch die Politik des Gesetzes von dem jeweiligen Vorverständnis des Anwendenden abhängt, so bleibt als einzige allgemeine Basis der Gesetzestext selbst, von der aus eine konsensfähige Entscheidung herbeigeführt werden kann. Den im Text enthaltenen Willen des Gesetzgebers, als der von allen anerkannten Institution, die allein berechtigt ist, bestimmte Ziele und Werte verbindlich zu regeln, gilt es klar zu stellen. Dabei helfen die schulmäßigen Auslegungsmethoden, weil sie einen verhältnismäßig rationalen Vorgang darstellen, was ihnen einen Vorzug gegenüber einer jeweils erneuten und unmittelbaren Anstellung kasuistischer Richtigkeitsüberlegungen gibt (131). Dieser Vorzug besteht darin, daß nicht von jeweils neu aufzurollenden rechtspolitischen Gesichtspunkten ausgegangen werden muß, sondern von positiv dogmatisierten Gesichtspunkten ausgegangen werden kann (132) und daraus folgt weiter, daß die Argumentation einfacher und überzeugender ist (133). Sie kann von Dritten leichter überprüft und nachvollzogen werden. Die Anwendung der systematischen Auslegungsmethode verhilft dabei zu einem tieferen Eindringen in den Sachverhalt, was wiederum Voraussetzung einer gerechten Beurteilung ist.

Der erste Schritt bei der Rechtsanwendung ist die Ermittlung des Sachverhalts. Dabei ist es nicht mit dem Erfassen der bloßen Daten

(129) Esser, Vorverständnis und Methodenwahl ... S. 96;

(130) Steindorff a.a.O. S. 229;

(131) Esser a.a.O. S. 96;

(132) Esser a.a.O. S. 89;

(133) Canaris a.a.O. S. 92;

getan, sondern der Sachverhalt muß auch in seiner rechtlichen Bedeutung und Auswirkung erfaßt werden. Schon bei diesem Schritt wird eine Auswahl der wesentlichen Umstände im Hinblick auf eine Anwendung des GWB erfolgen. Diese Auswahl, die durch die Erfahrung und auch die Zielvorstellung des Rechtsanwenders bestimmt ist, führt zu einem "vorläufigen" Ergebnis, das nun noch vernünftig zu begründen ist. Wird der Rechtsanwendende dabei nicht angehalten, sich immer wieder zu fragen, ob sein Ergebnis tatsächlich dem Willen des Gesetzgebers entspricht oder ob in diesem speziellen Fall eine Abweichung vom Gesetzestext zulässig ist, so besteht die Gefahr einer zu subjektiv gefärbten Entscheidung. Kontrolliert dagegen der Rechtsanwender sein "Vor"ergebnis noch einmal am Maßstab der gesetzlichen Systematik, so wird er bei fehlender Übereinstimmung zu einer weiteren Überprüfung angeregt, und zwar sowohl hinsichtlich seiner Auffassung von der gesetzlichen Systematik als auch seiner Wertung des Sachverhalts.

Erst wenn dann noch keine Übereinstimmung erzielt worden ist, ist er gehalten, nach einem Ausweg zu suchen und ihn vernünftig zu begründen.

Denn die Tatbestandsmerkmale sind nicht nur auf die Bedeutung des Dienens beschränkt mit der Folge, daß sie immer dann zurückzutreten haben, wenn sie dem Gestaltungszweck im Wege stehen (134), sondern sie haben auch die Bedeutung des Gebietens, da sie vorschreiben, welcher Sachverhalt erfaßt werden soll und welche Rechtsfolge daran zu knüpfen ist, d.h. in welcher Weise sich konkret der Gestaltungszweck des Gesetzes auswirken soll.

Im Folgenden wird daher kurz die Systematik des GWB dargestellt, soweit es erforderlich ist, um die grundsätzliche Wertung des Gesetzgebers erkennen zu können.

(134) so Steindorff a.a.O. S. 235 ff;

II Die Systematik des GWB

Das Problem der Abstimmung der Vorschriften ist deshalb entstanden, weil der Gesetzgeber sich im Gegensatz zu früher nicht darauf beschränkt hat, das Recht der Kartelle zu behandeln. Er hat sich vielmehr mit der Gesamtheit aller wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen auseinandergesetzt. Deutlich ist die Absicht erkennbar, den ganzen Bereich wettbewerbslicher Handlungen abzudecken (135), insbesondere auch solche Beschränkungen zu erfassen, die nicht auf Verträgen beruhen. In Verfolgung dieser Absicht hat sich der Gesetzgeber nicht damit begnügt, eine Generalklausel für Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfügung zu stellen, sondern er hat sich um eine vollständige und differenzierende Kodifikation der möglichen Arten von Wettbewerbsbeschränkungen bemüht.

Wenn auch der Bereich aller Wettbewerbsbeschränkungen erfaßt werden soll, so heißt das nicht, daß alle Beschränkungen nach gleichem Maß zu messen sind. Vielmehr gibt der Gesetzgeber durch die Fassung der Tatbestände zu erkennen, daß er bei der Beurteilung unterschiedliche Wertungen angewendet wissen will. Dies geschieht einmal durch die Anordnung unterschiedlicher Rechtsfolgen und zum anderen dadurch, daß bestimmte qualitative Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein müssen, bevor die Rechtsfolge zur Anwendung kommt. Um die gesetzlichen Wertungen, die in der Systematik enthalten sind, erkennen zu können, gilt es herauszuarbeiten, welches jeweils das entscheidende Kriterium ist, das die Anwendung gerade der einen Norm begründet und in welchem Verhältnis diese dabei zu anderen möglichen Normen steht.

Das GWB ist, soweit es materielle Regelungen der Wettbewerbsbeschränkungen enthält, in sechs Abschnitte unterteilt: Kartellverträge und Kartellbeschlüsse, Sonstige Verträge, Marktbeherrschende Unternehmen, Wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten, Wettbewerbsregeln und Gemeinsame Bestimmungen. Im vorliegenden Fall ist zu untersuchen, wie Wettbewerbsbeschränkungen, die sich in der Geschäftstätigkeit zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen, also im vertikalen Verhältnis, ergeben, zu beurteilen sind.

(135) so auch Müller-Henneberg WuW 63, 877; Fikentscher in Festschrift für Hueck S. 543 ff;

Denkbar sind dabei Beschränkungen auf vertraglicher Grundlage und solche auf Grund tatsächlicher Einflußnahme. In Betracht kommen demnach die Vorschriften über vertragliche Beschränkungen, die in den ersten beiden Abschnitten zusammengefaßt sind, und die Vorschriften über tatsächliche Wettbewerbsbeschränkungen, die sich über mehrere Abschnitte verteilen.

Bei der Darstellung im Folgenden bietet es sich an, der Unterscheidung des GWB zu folgen und nach vertraglichen und tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkungen zu trennen.

1. Die Vorschriften über vertragliches Verhalten

Die Vorschriften über vertragliches Verhalten sind unter den Titeln "Kartellverträge und Kartellbeschlüsse" und "Sonstige Verträge" zusammengefaßt. Aus diesen Überschriften könnte man nun einen gewissen Gegensatz herauslesen, der die gleichzeitige Anwendung auf den selben Sachverhalt ausschließt. Dies wird zwar überwiegend auch von der Literatur angenommen (136), doch ist auch ein Beispiel aus der Rechtsprechung bekannt (137), wo § 1 und § 15 GWB ohne nähere Begründung gleichzeitig auf den selben Sachverhalt angewendet worden sind. Alleine mit dem Wortlaut der Überschriften wird sich weder die eine noch die andere Ansicht begründen lassen. Denn die Überschriften geben keine umfassende und authentische Interpretation des Gesetzes selbst, sondern allenfalls einen Hinweis, wie der historische Gesetzgeber das Verhältnis aufgefaßt hat. Daß Überschrift und Gesetzestext nicht völlig harmonisieren müssen und deshalb zu unterschiedlichen Deutungen anregen, zeigt der erste Abschnitt, aus dessen Überschrift ein Teil der Literatur (138) schließt, daß von § 1 GWB nur Kartelle im Sinne der früheren Auffassung zur Kartell-

(136) Schwartz in GK § 15 Vorb. 4; Müller-Henneberg WuW 63, 880 und in GK § 1, 37; Fikentscher a.a.O. S. 550; Walz, Systemfragen ... S. 101; Baumbach-Hefermehl § 15 Vorb. 2; Frankfurter Kommentar § 15, 5;

(137) OLG Celle WuW/E 500 ("Brotkrieg");

(138) Müller-Henneberg in GK § 1, 36;

verordnung v. 1923 erfaßt werden sollen, während der Gesetzestext eindeutig ergibt, daß § 1 GWB nur auf objektive Merkmale abstellt (139).

Auch der Wortlaut der §§ 1 und 15 GWB gibt keine eindeutige Hilfe. Im Gegenteil, ihm könnte man entnehmen, wie Fikentscher (140) gezeigt hat, daß § 15 GWB den weiteren Anwendungsbereich hat, da hier der Tatbestand nicht durch das Merkmal "gemeinsamer Zweck" eingeschränkt ist.

Aus dem Gesetzesaufbau ergibt sich, daß mit dem ersten und dem zweiten Abschnitt verschiedene Arten von Wettbewerbsbeschränkungen erfaßt werden sollen. Dies zeigt sich in der unterschiedlichen Technik der Regelungen. So besteht der erste Abschnitt aus einer Generalklausel, die auf die Eignung abstellt, etwas zu bewirken, und die Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung anordnet. Durchbrochen wird diese starre Regelung durch zahlreiche Ausnahmbestimmungen. Der zweite Abschnitt dagegen enthält eine Reihe unterschiedlicher, tatbestandlich genau fixierter Wettbewerbsbindungen, an die verschiedene Rechtsfolgen geknüpft sind. Der Sinn dieser Regelung ergibt sich aus der amtlichen Begründung, die zeigt, daß eine unterschiedliche Wertung der Grund für dieses Vorgehen ist. So heißt es dort (141), daß Kartellverträge in jedem Falle den Markt beeinflussen, daher ihr grundsätzliches Verbot erforderlich ist. Bei Individualverträgen sei jedoch die Zahl so groß und ihre Eigenart so vielfältig, daß eine generelle Unwirksamkeitserklärung oder Erlaubnispflicht weder möglich noch notwendig sei. Aus dieser unterschiedlichen Wertung folgt dann die Notwendigkeit, eine klare Abgrenzung zwischen beiden Abschnitten zu finden.

Im früheren Schrifttum findet sich oft als Abgrenzungsmerkmal das Begriffspaar horizontal - vertikal (142). § 1 GWB soll danach Ver-

(139) so auch BGH WuW/E 359, 363; WuW/E OLG 1083, 1086; BKartA TB 59, 15; Baumbach-Hefermehl § 1, 17, 45; Langen § 1, 30; Rasch-Westrick § 1, 8; Fikentscher WuW 60, 680; Kartte WuW 63, 565, 571;

(140) in Festschrift f. Hueck S. 550;

(141) abgedr. in GK (1. Aufl.) S. 1063;

(142) vgl. die Nachweise bei Fikentscher a.a.O. S. 546 ff; Walz a.a.O. S. 79;

träge betreffen, die zwischen Unternehmen geschlossen werden, die auf der selben Wirtschaftsstufe stehen, die §§ 15 ff GWB dagegen solche Verträge, die zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen geschlossen werden (143).

In der neuen Literatur hat sich dann die Erkenntnis durchgesetzt, daß diese Unterscheidung nicht immer zutrifft (144), sondern daß es auch vertikale Verträge geben kann, die unter § 1 GWB fallen, und horizontale, die unter §§ 15 ff GWB fallen können. Eine klare Abgrenzung kann sich daher nur aus der Tatbestandsfassung der Normen selbst ergeben.

Ein solches Abgrenzungskriterium ist in dem Tatbestandsmerkmal "gemeinsamer Zweck" in § 1 GWB zu finden. Durch dieses Begriffsmerkmal unterscheiden sich die von § 1 GWB erfaßten Verträge von anderen Vertragsarten. Sie erhalten dadurch ihr besonderes Gepräge, welches die generelle Unwirksamkeitserklärung rechtfertigt. Durch die jeweils unterschiedliche Rechtsfolge verdeutlicht der Gesetzgeber, daß eine gleichzeitige Anwendung nicht in Betracht kommt, sondern daß § 1 GWB insoweit Vorrang hat als ein Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck vorliegt.

Nun wird aber der Anwendungsbereich des § 1 GWB teilweise insoweit eingeschränkt, als er nur auf solche Verträge Anwendung finden soll, die zu dem gemeinsamen Zweck der Wettbewerbsbeschränkung geschlossen sind. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß eigentlich § 15 GWB die grundlegende Norm ist und § 1 GWB nur eine Spezialnorm für solche Verträge enthält, die zu dem gemeinsamen Zweck der Wettbewerbsbeschränkung eingegangen sind. Dann würde § 15 GWB auch auf solche Verträge anzuwenden sein, die zu einem gemeinsamen, aber wettbewerbsneutralen Zweck geschlossen sind (145). Diese Ansicht entspricht aber weder der Systematik des Gesetzes noch führt sie zu konsequenten Ergebnissen. Auf letzteres hat Walz (146) am Beispiel einer Konditionenbindung hingewiesen, die den Erfordernissen

(143) dieser Terminologie bedient sich auch die aml. Begründung, a.a.O.;

(144) Baumbach-Hefermehl § 1 Vorb. 4; Müller-Henneberg in GK § 1, 37; Walz a.a.O. S. 80 ff; Fikentscher a.a.O. S. 546 ff;

(145) so z.B. Müller-Henneberg WuW 63, 880; Baumbach-Hefermehl § 15 Vorb. 2;

(146) Systemfragen ... S. 86 f;

des § 2 GWB und zugleich denen des § 15 GWB entspricht. Besitzt diese Bindung die Eignung zur Marktbeeinflussung, ist sie also wettbewerblich bedenklich, so ist eine Ausnahmemöglichkeit nach § 2 GWB gegeben. Besitzt sie diese Eignung nicht, so ist sie ohne jede Ausnahmemöglichkeit nach § 15 GWB nichtig, obwohl sie zu einem zwar gemeinsamen aber wettbewerbsneutralen Zweck eingegangen ist. Der Frankfurter Kommentar (147) schließt daraus richtigerweise, daß die Umschreibung "Sonstige Verträge" nicht als Gegensatz zum "Kartellvertrag" im früheren subjektiven Sinne gemeint ist. Da § 1 GWB selbst nur auf die objektive Eignung eines Vertrages abstellt, kann auch hier kein anderer Begriff zur Abgrenzung zwischen diesen beiden Abschnitten dienen. Daher ist § 1 GWB als Sondervorschrift für Verträge zu irgendeinem gemeinsamen Zweck anzusehen, während die §§ 15, 18 GWB keine Anwendung finden, wenn ein solcher gemeinsamer Zweck vorliegt.

Das bedeutet für die Untersuchung, daß auf die Tatsache des Vorliegens eines Vertrages zu einem gemeinsamen Zweck abzustellen ist. Wenn also bei einem komplexen Sachverhalt, wie der Genossenschaftsgruppe, ein Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck gegeben ist, so kann eine Anwendung der Vorschriften des zweiten Abschnitts nur in Betracht kommen, soweit sich der Sachverhalt in selbständige Teilbereiche gliedern läßt, die einer getrennten rechtlichen Beurteilung unterzogen werden können.

2. Die Vorschriften über tatsächliches Verhalten

Im Gegensatz zu den Vorschriften des ersten und des zweiten Abschnitts fehlt den Bestimmungen über tatsächliches Verhalten eine ähnliche grundlegende Einteilung. Der Gesetzgeber hat hier die Unterteilung in horizontal - vertikal (148) nicht eingehalten, wie überhaupt dieser Bereich ein wenig geordnetes Bild ergibt. So sind die Bestimmungen über tatsächliches Verhalten weit verstreut und zum Teil sogar, wie § 38 GWB, in den formellen Teil gewandert. Die

(147) § 15, 5;

(148) dieser Ausdruck soll weiter verwendet werden, da er doch generell zutreffend das Verhältnis der Beteiligten charakterisiert;

Ursachen dafür liegen sicher auch in der Schwierigkeit begründet, tatsächliche Wettbewerbsbeschränkungen tatbestandlich genau zu erfassen, da die Möglichkeiten dazu je nach konkreter Sachlage sehr unterschiedlich sein können. So wird deshalb zum Teil auf die Marktmacht der handelnden Unternehmen abgestellt, wie in §§ 22, 26 II GWB, weil marktmächtige Unternehmen in besonderer Weise den Mechanismus des freien Wettbewerbs gefährden können. Zum anderen Teil sind die Vorschriften aus dem Bestreben geschaffen, Umgehungen der Verbote vertraglicher Beschränkungen zu verhindern, so z.B. § 25 II oder auch § 38 I GWB. Insoweit haben diese Vorschriften Ergänzungscharakter. Dennoch sind sie von selbständiger Bedeutung. Daher setzt auch § 25 II GWB, der u.a. eine Umgehung von § 15 GWB verhindern soll, keineswegs einen Vertrag voraus, dessen Einhaltung erzwungen werden soll (149). Diese Vorschriften sind also nicht in der Weise abhängig, daß sie nur eingreifen, wenn eine vertragliche Beschränkung den Tatbestand einer GWB - Norm erfüllen würde. Sie stehen vielmehr als selbständige Tatbestände neben den Vorschriften über vertragliches Verhalten und können auch generell neben ihnen angewendet werden (150).

Den Versuch, in diesen Bereich eine gewisse Ordnung und Systematisierung zu bringen, hat Belke (151) unternommen, um die systematische Verklammerung derjenigen Vorschriften, die mit der wettbewerbsgemäßen Ordnung der vertikalen Austauschbeziehungen zu tun haben, schärfer herauszuarbeiten. Nach seinen Untersuchungen haben für das vertikale Verhältnis insb. die §§ 25 II, III S. 3, 26 II, 38 II S. 2 GWB (152) große Bedeutung. Ihr gemeinsamer Schutzzweck soll die Aufrechterhaltung und Förderung des Stufenwettbewerbs sein. Dabei soll unter Förderung des Stufenwettbewerbs verstanden werden, daß die Marktteilnehmer der nächsten Marktstufe frei von Bindungen durch ihre Geschäftspartner gehalten werden, damit sie größtmögliche Startgleichheit und Entfaltungsfreiheit genießen, so daß sich auf ihrer Wirtschaftsstufe der Wettbewerb frei entfalten kann. Schutz-

(149) vgl. Benisch in GK § 25, 5; a.A. Frankf. Kommentar § 25, 11, 13;

(150) vgl. Schwartz in GK § 18, 49; BGH WuW/E 513 zu dem Verhältnis § 18 - § 26 II GWB;

(151) Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen;

(152) in der a.F. vor der Novelle v. 3.8.73;

gut ist also demnach der Wettbewerb der nächsten Wirtschaftsstufe. Ohne weiter auf die Schlüsse, die Belke aus dieser Systematisierung zieht, eingehen zu wollen (153), sei hier nur die Bedeutung festgehalten, die die erwähnten Normen auch für den vertikalen Bereich haben (154).

Es zeigt sich deutlich, daß der Gesetzgeber auch im vertikalen Bereich die wettbewerbsgemäße Ordnung auf jeden Fall sicherstellen will, nicht nur durch Verbote vertraglicher Beschränkungen, sondern auch durch Verhinderung tatsächlicher Wettbewerbsbeschränkungen.

Ein weiteres Kriterium für die Richtigkeit des Versuchs, den Genossenschaftskomplex kartellrechtlich in zwei Bereiche zu unterteilen, wird daher auch die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf das vertikale Verhältnis Genossenschaft - Genossen, bzw. Zentrale - Genossenschaften sein.

III Die vertikalen Geschäftsbeziehungen als "Sonstige Verträge"

Bei Betrachtung des zweiten Abschnitts fällt auf, daß hier den Normen ein gemeinsames Tatbestandsmerkmal als sachlich-rechtliches Kriterium fehlt. Es ist nicht wie im ersten Abschnitt, daß der Gesetzgeber eine Grundnorm geschaffen hat, sondern hier bildet nur § 16 zu § 15 GWB eine Ausnahme, ansonsten stehen die §§ 15, 18, 20, 21 GWB gleichberechtigt nebeneinander. Sie betreffen jeweils verschiedene Sachverhalte und sind auch mit unterschiedlichen Rechtsfolgen ausgestattet. Dennoch besteht zwischen diesen Normen ein Zusammenhang, der es rechtfertigt, sie in einen eigenen Abschnitt zu stellen. Nach der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf (155) soll mit diesen Normen verhindert werden, daß der marktstarke Partner dem anderen über den geschäftlichen Austauschvorgang hinaus

(153) vgl. die Kritik von P. Ulmer ZHR 130, 188;

(154) so auch Benisch in GK § 26 II, 6; zu § 38 II S. 2 a.F. hat schon E.R. Huber, Das Empfehlungsverbot, S. 19 f festgestellt, daß das Verbot sowohl horizontale als auch vertikale Empfehlungen betrifft;

(155) abgedr. in GK (1. Aufl.) S. 1063;

Bindungen auferlegt, somit in die Selbstbestimmung des anderen eindringt und damit bei diesem einen Bereich geschäftlicher Entschlüsse beherrscht, die an sich den Grundsätzen des freien Wettbewerbs überlassen bleiben sollten. Daraus ergibt sich, daß Gegenstand der Regelung dieses Abschnittes der Geschäftsverkehr zwischen Marktteilnehmern ist und daß dies das gemeinsame Merkmal der §§ 15, 18, 20, 21 GWB ist (156).

Aus der Tatbestandsfassung der §§ 15, 18 GWB ergibt sich dann weiter, daß es sich bei den betreffenden Marktteilnehmern um Unternehmen handeln muß. Die §§ 15, 18 GWB (157) können daher nur Anwendung finden, wenn Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen vorliegen.

1. Geschäftsbeziehungen zwischen selbständigen Unternehmen

Die Beantwortung der Frage, ob diese Voraussetzungen bei den Einkaufsgenossenschaften vorliegen, erscheint nicht ganz einfach, da von genossenschaftlicher Seite (158) oft der Charakter der Genossenschaft als Unternehmung bestritten wird und zwar mit dem Hinweis, daß dazu Marktbeziehungen nach beiden Seiten erforderlich seien, die Genossenschaft aber nur zu ihren Lieferanten Marktbeziehungen unterhalte, während ihre Beziehungen zu den Genossen als ihren Kunden aus dem Markt herausgenommen seien. Der Warenfluß zwischen der Genossenschaft und ihren Kunden werde daher nicht durch individuelle Austauschverträge, die einen Marktpreis enthalten, geregelt, sondern die angegebenen Preise stellten nur einen innerbetrieblichen Rechnungsposten dar. Das folge auch daraus, daß die Genossenschaft nicht für sich selbst nach Gewinn strebe, sondern ihr Ziel gem. § 1 GenG in der Förderung der Betriebe ihrer

(156) so auch WuW/EBGH 712, 714; Schwartz in GK § 15, Vorb. 5;

(157) die §§ 20, 21 bleiben außer Betracht, da sie hier kaum relevant sind, auch nicht für Warenzeichenverträge, da diese nach Überwiegender Ansicht nach §§ 15, 18 analog zu beurteilen sind; a.A. Langen § 20, 20; Unger, Markenlizenz ... S. 57 ff;

(158) Ohm ZfgG 52, 278; 54, 235; Paulick, Die eingetragene Genossenschaft S. 101;

Mitglieder liege. Die Genossenschaft arbeite daher nach dem Kosten-deckungsprinzip, in ihrem Verhältnis zu ihren Mitgliedern sei sie wirtschaftlich nicht selbständig.

Sollte diese Ansicht über die Genossenschaftsverhältnisse generell zutreffen, so könnten möglicherweise schon deshalb die §§ 15, 18 GWB nicht angewendet werden. Zu klären ist also, welche Anforderungen an den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff gestellt werden und inwieweit die geschilderten Bedenken einer Annahme des Unternehmenscharakters entgegenstehen.

a. Der Unternehmensbegriff des GWB

Der Begriff Unternehmen kommt in vielen Gesetzen vor. Dennoch wird allgemein davon ausgegangen, daß der Begriff je nach der Zweckbestimmung des betreffenden Gesetzes einen unterschiedlichen Inhalt haben kann (159). Auch die amtliche Begründung (160) geht davon aus, daß der Begriff für das Kartellrecht sich nicht nach den in der Gewerbeordnung oder Gewerbesteuerrecht entwickelten Grundsätzen zu richten hat. Sie vertritt für den Bereich des GWB einen weiten Begriff, wonach jede Betätigung in der Erzeugung oder im Geschäftsverkehr als Unternehmen zu bezeichnen ist. Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als dabei auf die Tätigkeit im Markt abgestellt wird, also auf die Funktion des Anbietens und Nachfragens. Dies entspricht dem Ziel des GWB, das den Markt von Wettbewerbsbeschränkungen freihalten will. Das GWB muß daher auf die Verhaltensweisen der am Markt Tätigen abstellen. Nur wenn jemand am Markt tätig wird, wird er für das GWB interessant. Es ist daher richtig zu sagen, daß das GWB von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgeht (161). Daraus folgt, daß für das GWB Gewinnerzielungsabsicht und Rechtsform unbeachtlich sind (162).

Die kartellrechtliche Diskussion hat aber gezeigt, daß diese weite Umschreibung noch nicht genügt, sondern daß noch weitere Abgren-

(159) z.B. Müller-Henneberg in GK § 1, 5; Harms, Konzerne ... S. 92;

(160) a.a.O.;

(161) so Ganderberger, Was ist ein Unternehmen? S. 21; Schwarz, Die wirtschaftl. Betätigung ... S. 54;

(162) das ist unbestritten, vgl. Müller-Henneberg in GK § 1, 5;

zungskriterien erforderlich sind. Insbesondere an zwei Punkten hat sich ein Streit entzündet. Einmal bei der Frage, ob auch und inwieweit die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand unter das GWB fällt und zum anderen, ob Vereinbarungen zwischen Konzernunternehmen nach § 1 GWB zu beurteilen sind.

Das erste Problem ist unter dem Stichwort Zwei-Fronten Theorie bekannt geworden (163). Darunter wird häufig verstanden, ein Wirtschaftsgebilde könne nur dann als Unternehmen bezeichnet werden, wenn es sowohl als Nachfrager als auch als Anbieter auf dem Markt in Erscheinung trete. Als einer der Hauptvertreter gilt Müller - Henneberg (164). Dieser ist jedenfalls gegen eine generelle Einbeziehung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand in das GWB (165). Seiner Ansicht nach ist es aber nicht erforderlich, daß ein Unternehmen an beiden Fronten des Marktes auftritt, sondern entscheidend ist, daß es als Anbieter auftritt, weil es nur dann aktiv am Markt teilnimmt. Diese Abgrenzung nimmt Müller - Henneberg vor, um den Gegensatz zum Verbraucher zu schaffen, der nur passiv am Markt teilnimmt. Er tritt nur als Nachfrager auf und erwirbt Waren oder Dienstleistungen nur, um sie für sich zu verbrauchen. Die Ware wird damit aus dem Markt herausgenommen, sie spielt für das Marktgeschehen keine Rolle mehr.

Folgt man dieser Ansicht und legt die Meinung von Ohm zugrunde, wonach die Genossenschaft nur als Nachfrager Marktbeziehungen unterhält, so ist anscheinend der Charakter der Genossenschaft als Unternehmen zu verneinen. Doch diese Schlußfolgerung ist nicht richtig und sie läßt sich auch nicht mit der Zwei-Fronten Theorie wie sie Müller - Henneberg versteht, begründen. Denn danach ist darauf abzustellen, daß bei dem Nur - Nachfrager die Ware oder die Dienstleistung aus dem Markt herausgenommen wird, sie gerade zu diesem Zweck erworben wird. Diese Eigenart gibt die Begründung dafür, daß das GWB auf solches Verhalten keine Anwendung finden soll. Vergleicht man damit den Warenfluß bei der Einkaufsgenossenschaft, so zeigt sich, daß hier ein solches passives Verhalten nicht vor-

(163) vgl. Schwarz a.a.O. S. 62; Gandenberger a.a.O. S. 69 ff;

(164) vgl. in GK § 98, 6;

(165) vgl. in GK § 1, 11;

liegt. Denn die Einkaufsgenossenschaft erwirbt nicht Waren oder Dienstleistungen, um sie aus dem Markt herauszunehmen, sondern um sie weiterzugeben. Selbst wenn man die Beziehungen zu den Genossen nicht als Marktbeziehungen bezeichnen will, so gibt die Genossenschaft die Waren oder Dienstleistungen nur an die Genossen weiter, damit diese sie wieder auf dem Markt anbieten können. Damit ist das Verhalten der Genossenschaft aber nicht konsumtiv, sondern produktiv. Eine Begründung, sie wegen ihrer eventuell speziellen Anforderungen unterliegenden geschäftlichen Mitgliederbeziehungen aus dem Anwendungsbereich des GWB herauszunehmen, besteht also nicht. Denn entscheidend ist nicht, daß der Nachfrager die selben Waren oder Dienstleistungen wieder anbietet (166), sondern daß er aktiv am Markt teilnimmt, die Marktverhältnisse durch sein Verhalten mitgestaltet.

Die Eigenart der genossenschaftlichen Geschäftsbeziehungen kann daher nur für die Frage eine Rolle spielen, ob das Merkmal der wirtschaftlichen Selbständigkeit - sein Erfordernis vorausgesetzt - gegeben ist. Die Diskussion darüber hat sich an der Frage entzündet, ob § 1 GWB auf Konzerninnenbeziehungen anwendbar ist oder nicht. Die Frage, ob verbundene Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Verträge i.S.d. § 1 GWB abschließen können, ist ausführlich in der Literatur behandelt worden (167). Richtigerweise ist bei der Fragestellung aber nicht davon auszugehen, ob ein echter Vertrag gewollt ist oder nur eine Absprache zur Durchführung von Zentralanweisungen (168), sondern aus dem Begriff Unternehmen ist abzuleiten, wann echte Verträge i.S.d. § 1 GWB vorliegen können. Fragt man danach, wie der Begriff Unternehmen in der Wirtschaftswissenschaft verstanden wird, so zeigt es sich, daß das Merkmal der

(166) dagegen schon BGH WuW/E 449, : zur Beurteilung der Unternehmenseigenschaft sei auf die Gesamtverhältnisse abzustellen; ähnl. Müller-Henneberg in GK-§ 1, 6, der darauf abstellt, ob die Tätigkeit nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung einer aktiven Teilnahme am Wirtschaftsleben gleichkommt;

(167) bejahend: Haberkorn WRP 67, 41; Laufke UFITA 35, 287; verneinend: Baumbach-Hefermehl § 1, 16; Frankf. Komm. § 1, 38; Steindorff RMC 68, 207 für Art. 85 EWG-V;

(168) so Langen § 1, 9, 10;

wirtschaftlichen Selbständigkeit eine überaus wichtige Bedeutung hat (169). Als Beispiel mag die zusammenfassende Definition von Ganderberger (170) dienen: "Das Unternehmen ist eine ökonomische Einheit, die Waren oder Leistungen für einen Markt produziert und dabei im Rahmen der gegebenen gesetzlichen Bestimmungen selbständig plant und entscheidet".

Für die Frage, inwieweit dieser Begriff auch für die Auslegung des GWB von Bedeutung ist, muß auf Ziel und Zweck des GWB abgestellt werden. Danach soll die Freiheit des Wettbewerbs geschützt werden. Um Wettbewerb ausüben zu können, ist aber erforderlich, daß das Unternehmen in der Lage ist, selbständig den Einsatz seiner Aktionsparameter zu planen und darüber zu entscheiden. Daher wird auch überwiegend neben der rechtlichen auch das Merkmal der wirtschaftlichen Selbständigkeit für die Anwendung des GWB als erforderlich angesehen (171).

Diese Ansicht ist nun ausschließlich zur Frage der Anwendbarkeit des § 1 GWB geäußert worden. Zu prüfen bleibt daher, ob dieses Erfordernis auch für die Anwendbarkeit der §§ 15, 18 GWB gilt, da nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, daß der Begriff Unternehmen in allen Vorschriften des GWB gleich verwendet wird (172).

Schutzobjekt des zweiten Abschnitts ist insbesondere neben dem generellen Schutz des Wettbewerbs die Freiheit des einzelnen Wettbewerbers, sich am Marktgeschehen frei zu beteiligen und sein Recht auf gleiche Einstiegschancen. Der einzelne Wettbewerber muß also selbst über eine solche Freiheit verfügen, damit sie durch einen der in §§ 15 ff GWB genannten Verträge eingeschränkt werden kann. Eine solche Entscheidungsfreiheit besitzen z.B. nicht konzernabhängige Unternehmen, so daß auf Konzerninnenbeziehungen die §§ 15 ff GWB nicht anwendbar sind (173).

(169) vgl. Ganderberger a.a.O. S. 26 ff;

(170) a.a.O. S. 34;

(171) Müller-Henneberg in GK § 1, 15; Hefermehl GRUR 66, 651; Fremerey, Die kartellrechtliche Bedeutung ... S. 20; Würdinger WuW 61, 746 ff; a.A. Winnefeld, Verbundene Unternehmen ... S. 120 und Langen § 1, 9;

(172) dies betont auch Harms a.a.O. S. 92; der BGH für den Begriff Wettbewerb WuW/E BGH 907, 909; von einem einheitlichen Unternehmensbegriff im GWB geht auch Schwarz a.a.O. S. 68 aus;

(173) so auch Schwartz in GK § 18, 10; U. Huber ZHR 131, 233;

b. Die Einkaufsgenossenschaften als Unternehmen

Die Genossenschaft besitzt zwar als juristische Person die rechtliche Selbständigkeit, doch das Attribut der wirtschaftlichen Selbständigkeit wird ihr oft abgesprochen. Diese Einschätzung könnte möglicherweise schon aus § 1 GenG begründet sein, worin es heißt, daß die Genossenschaft der Förderung der Betriebe ihrer Mitglieder zu dienen hat. Diese Zielsetzung soll der Genossenschaft ein Streben nach eigener Gewinnmaximierung verwehren (174). Für das GWB gilt aber, daß eine Gewinnerzielungsabsicht für den Begriff Unternehmen nicht erforderlich ist. Entscheidend kann also nicht sein, zu welchem Zweck die Genossenschaft im Markt tätig wird, sondern in welcher Art und Weise, ob sie nämlich wirtschaftlich selbständig plant und handelt (175).

Dem Erfordernis der wirtschaftlichen Selbständigkeit scheint es nicht zu entsprechen, wenn die Genossenschaft als Hilfswirtschaft oder als Genossenschaftsbetrieb bezeichnet wird. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden (176), daß der Genossenschaft infolge ihres Ausgerichtetseins auf die Mitgliederbetriebe wirtschaftlich selbständiges Handeln nicht möglich ist, sondern daß die Genossenschaft nur einige Funktionen der Mitgliederbetriebe in deren Auftrag wahrnimmt.

Diese Analyse der genossenschaftlichen Struktur ist infolge der genossenschaftlichen Weiterentwicklung zunehmend auf Kritik (177) gestoßen und dem idealistischen Bild (178) von der Genossenschaft wurde eine Analyse gegenübergestellt, die mehr auf die tatsächlichen Verhältnisse einging. Danach soll der Genossenschaftsbetrieb zu einer echten Großhandlung geworden sein, die alle branchenüblichen Unternehmernaufgaben erfüllt und die auch nach beiden Seiten unter Wettbewerbsdruck stehende Marktbeziehungen unterhält (179).

(174) Seuster ZfgG 68, 32; Westermann ZfgG 63, 276; Seraphim, Die gen. Gesinnung S. 15;

(175) der Förderungszweck spielt nur für das Innenverhältnis eine Rolle, nach außen muß sich die Genossenschaft wie jedes Unternehmen verhalten;

(176) Ohm ZfgG 52, 273; 54, 299; Paulick a.a.O. S. 101;

(177) Draheim, Die Genossenschaften als Unternehmungstyp; Henzler, Die Genossenschaft eine fördernde Betriebswirtschaft;

(178) Henzler ZfgG 56, 13 spricht vom Idealtyp;

(179) Draheim, Zur Ökonomisierung ... S. 28; Menzel ZfgG 68, 152 ff; Reinhardt ZfgG 64, 197; Westermann, Die Bedeutung des GWB ... S. 265; Dülfer ZfgG 56, 270;

Von diesen Vorstellungen scheint auch die Rechtsprechung und die Praxis des Bundeskartellamtes auszugehen. In mehreren Entscheidungen wird die Genossenschaft als gleichartiges Unternehmen im Verhältnis zum nichtgenossenschaftlichen Großhandel angesehen (180). Dabei wird nur darauf abgestellt, ob die Genossenschaft die gleichen Funktionen im gleichen Umfang wahrnimmt. Ansonsten wird der Geschäftsverkehr mit den Genossen dem normalen Geschäftsverkehr gleichgestellt und kein Unterschied in der rechtlichen Behandlung gemacht (181).

Demnach scheint man davon auszugehen, daß es sich bei der Genossenschaft um ein "normales" Unternehmen handelt, daß nach beiden Seiten "normale" geschäftliche Beziehungen unterhält, die keine besondere rechtliche Würdigung erfordern.

Bevor diese Ansicht unter dem Blickwinkel der gewonnenen Erkenntnisse über die Struktur der Genossenschaften kritisch gewürdigt wird, ist erst noch auf das Merkmal der Individualverträge einzugehen.

2. Die Geschäftsbeziehungen als individuelle Austauschverträge

Der Bundesgerichtshof ist in seinem zitierten Urteil (182) nicht sehr eingehend auf den rechtlichen Charakter der Geschäftsbeziehungen eingegangen. Er führt nur aus, daß ein Geschäftsverkehr i.S.d. § 26 II GWB vorliege, auch wenn die Beziehungen nicht nur durch schuldrechtliche Verträge, sondern auch durch Satzung oder Beschlüsse geregelt würden. Aus dem Vorliegen eines kartellrechtlich relevanten Geschäftsverkehrs wird also noch nicht die Schlußfolgerung gezogen, daß sich der Warenfluß zwischen der Genossenschaft und den Genossen auf Grund schuldrechtlicher Einzelverträge vollzieht, wie sie in den §§ 15, 18 GWB angesprochen sind.

Das Genossenschaftsgesetz selbst gibt zu dieser Frage keinen Aufschluß. Denn der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des Gesetzes nur die Genossenschaft durch die Verpflichtung auf den Förderungs-

(180) BKartA BB 72, 416; WuW/E BGH 759, 763;

(181) BGH Z 42, 323 f;

(182) vgl. Fn. 181;

zweck in § 1 GenG in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit gebunden. Er hat dagegen darauf verzichtet, für die Mitglieder irgendwelche Pflichten in ihrer Stellung als Kunden festzulegen. Die gesetzlichen Regelungen beziehen sich alleine auf das Mitgliedschaftsverhältnis. In der rechtlichen Regelung des Geschäftsverkehrs scheinen daher die Genossenschaft und ihre Mitglieder frei zu sein. Dieser Verzicht des Gesetzgebers auf eine weitergehende Festlegung geht auf die Entstehung der Genossenschaften als freiwillige Zusammenschlüsse wirtschaftlich Schwacher zurück. Die Initiatoren der Genossenschaftsbewegung, wie Raiffeisen und Schultze-Delitzsch, waren nämlich der Ansicht, daß die Eigeninitiative der Betroffenen angesprochen werden müßte, wenn ihnen wirksam geholfen werden sollte. Diesem Prinzip der Freiwilligkeit hat auch der Gesetzgeber bei der Schaffung des Genossenschaftsgesetzes Rechnung getragen. Demnach, so wird angenommen, können die Genossenschaften den Geschäftsverkehr durch einheitliche Bestimmungen in der Satzung oder einer Geschäftsordnung regeln oder sich auf den Abschluß individueller Regelungen im Rahmen der jeweiligen Einzelverträge beschränken. Je nach Vorgehen sollen sich dabei unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben. Werden bestimmte Pflichten der Genossen, die den Geschäftsverkehr betreffen, in der Satzung einheitlich geregelt, so sollen sie körperschaftsrechtlichen Grundsätzen unterliegen (183). Das würde u.a. bedeuten, daß die Genossen in der Festlegung solcher Pflichten nicht rein nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorgehen können, sondern daß sie genossenschaftsrechtliche Grundsätze, wie den Gleichbehandlungsgrundsatz, zu beachten haben. Solche statutarischen Bestimmungen sind aber verhältnismäßig selten, nicht zuletzt mit Rücksicht auf die kartellrechtlichen Bestimmungen (184). Man geht daher auch davon aus, daß sich der Geschäftsverkehr überwiegend auf der Basis schuldrechtlicher Verträge abwickelt (185). Dabei sollen korporationsrechtliche Grundsätze auf Inhalt

(183) BGH NJW 60, 1858 ff; Paulick ZfgG 61, 81; nach Waldecker, Die eingetragene Genossenschaft S. 162, und Lantzke, Genossenschaftsrechtlicher Bezugs- u. Absatzzwang S. 46 soll die körperschaftsrechtl. Bindung nur eintreten, wenn sie auch gewollt ist. Es gäbe auch statut. Bestimmungen, denen nur obligatorische Wirkung zukäme.

(184) das vermutet auch Schubert ZfgG 67, 64;

(185) Meyer-Meulenbergh § 18, 4; Lang-Weidmüller § 18,1;

und Umfang der geschäftlichen Beziehungen keinen Einfluß haben (186).

Folgt man dieser Ansicht, daß die Tatsache der Mitgliedschaft bei der Ausgestaltung und der Beurteilung der einzelnen Verträge keine Rolle spielt, so scheint damit die oben (187) geforderte Voraussetzung für eine sinnvolle Anwendung der Gegenstandstheorie gegeben zu sein. Denn wenn sich das geschäftliche Verhältnis zwischen Genossenschaft und Genossen allein im Rahmen von vertikalen Individualverträgen über Waren oder gewerbliche Leistungen abspielt, steht einer Anwendung der §§ 15, 18 GEB nichts im Wege.

3. Die Bedeutung der funktionalen Verknüpfung

Bei der Bewertung dieser Ansichten ist aber zu berücksichtigen, daß die hier zitierten Stimmen und Urteile nicht zu dem anliegenden Problem ergangen sind, sondern in anderen Zusammenhängen. So ging es bei der Frage nach dem Unternehmenscharakter, soweit sich die kartellrechtliche Rechtsprechung bisher damit beschäftigt hat, hauptsächlich darum, ob die Genossenschaften im Verhältnis zu dritten Marktpartnern, ihren Konkurrenten, gleichwertige Unternehmen darstellen und deshalb gem. § 26 II bzw. § 27 GWB Anspruch auf gleiche Behandlung haben.

Die andere Frage nach dem rechtlichen Charakter der Geschäftsbeziehungen wird vielfach unter dem Aspekt betrachtet, inwieweit die Genossenschaft freie Hand bei deren Gestaltung hat bzw. inwieweit der einzelne Genosse einen Anspruch auf Gleichbehandlung hat (188).

Im ersten Fall wird sich das Hauptaugenmerk auf die Art und den Umfang der Geschäftstätigkeit richten, für den zweiten Fall mag es genügen, den formal-rechtlichen Charakter der Geschäftsbeziehungen als Austauschverträge festzustellen, da es nur darum geht, welchen

(186) OLG Celle BB 55, 431; OLG Nürnberg WM 60, 890 ff; BGH NJW 60, 1858 ff; Meyer-Meulenberg § 18,7; Kathrein ZfgG 60, 130; Schubert ZfgG 67, 55 ff; Paulick, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft S. 189 ff; kritisch dagegen Baur BB 71, 1216;

(187) S. 31;

(188) vgl. zu diesem Problem Baur BB 71, 1216 ff;

Spielraum die Genossenschaft in Beziehung zu ihren Genossen hat, wenn für den konkreten Fall keine Bestimmung in der Satzung oder in einem Mitgliederbeschluß vorhanden ist.

Für die kartellrechtliche Beurteilung sind aber andere Kriterien maßgebend. So kann sich bei dem Problem der Geschäftsbeziehungen die kartellrechtliche Beurteilung nicht mit der Feststellung begnügen, daß sich der Leistungsfluß zwischen der Genossenschaft und den Genossen äußerlich in Form von einzelnen Individualakten vollzieht, auf die, zumindest teilweise, die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Austauschverträge anwendbar sein können. Sondern es ist danach zu fragen, ob gerade dieser einzelne Vertrag, wenn auch im Zusammenhang mit allen anderen Individualverträgen, eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt oder ob sich diese nicht aus anderen Umständen ergibt. Bei der Beurteilung ist daher der funktionale Stellenwert des einzelnen Individualvertrages in der Gesamtheit des Genossenschaftskomplexes zu berücksichtigen. Wie aber gezeigt wurde, läßt sich das Verhältnis zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern nur durch ihre funktionale Verknüpfung erklären, die die Grundlage für das Handeln des Genossenschaftsbetriebes bildet.

Inhalt und Bedeutung der Geschäftsbeziehungen lassen sich nicht alleine durch die vertikalen Austauschverträge hinreichend erkennen, sondern diese sind in weitem Umfang begründet durch die Funktionsübernahme und die Organisation der horizontal gegliederten Personenvereinigung. Die vertikalen Individualverträge sind daher nicht als selbständige Wirtschaftsbeziehungen zu sehen, deren wirtschaftliche Bedeutung sich alleine aus ihrem Inhalt ergibt, sondern als Ausführungshandlungen, Regelungen des Einzelfalls im Rahmen einer horizontalen Übereinstimmung. Dieses Abgeleitetsein der vertikalen Maßnahmen der Geschäftsführung darf auch bei der kartellrechtlichen Beurteilung nicht unberücksichtigt bleiben.

Die mildere Beurteilung der individuellen Austauschverträge beruht auf der Annahme ihrer geringeren Gefährlichkeit für den Wettbewerb (189). Dabei hat der Gesetzgeber den normalen Austauschvertrag vor Augen gehabt, bei dem sich die Beziehungen der Vertrags-

(189) vgl. amtl. Begründung in GK (1. Aufl.) S. 1063;

parteien in dem Austausch von Waren und Leistungen erschöpfen. Es ist nicht an den Fall gedacht worden, daß die gebundenen Vertragspartner selbst wiederum durch einen gemeinsamen Zweck untereinander verbunden sind und somit ihre eigenen Beschränkungen letztlich selbst bestimmen oder ihnen zugestimmt haben. Dieser gemeinsame Zweck gibt die Grundlage für den Abschluß des einzelnen Austauschvertrages und ohne ihn sind die Bindungen nicht zu erklären. Infolge dieser Verknüpfung entfällt die Berechtigung der mildereren Einschätzung der vertikalen Verträge. Bei dieser Sachlage führt die Anwendung der gesetzlichen Systematik auf den komplexen Tatbestand der Genossenschaft zu Ergebnissen, die der gesetzlichen Systematik widersprechen.

D Die wettbewerbspolitische Problematik der bisherigen Beurteilung des Genossenschaftskomplexes

Das bisher theoretisch erarbeitete Ergebnis wird bestätigt, wenn man es unternimmt, die einzelnen Normen auf den konkreten Genossenschaftssachverhalt anzuwenden. Dabei wird sich herausstellen, daß das Fehlen der herausgearbeiteten systematischen Voraussetzungen in seinen Auswirkungen nicht auf den dogmatisch-systematischen Raum beschränkt ist, sondern daß infolge der systemwidrigen Unterteilung des Genossenschaftskomplexes die Anwendung nur zu wettbewerbspolitisch unbefriedigenden Ergebnissen führen kann.

An Hand einiger Beispiele soll daher gezeigt werden, welche Schwierigkeiten entstehen, wenn man von der Trennung in einen horizontalen und in einen vertikalen Bereich ausgeht und nur die entsprechenden Vorschriften des GWB für den vertikalen Bereich anwendet.

I Beurteilung der Auftragskonzentration nach § 18 GWB

Von besonderer Bedeutung für die Einkaufsgenossenschaften ist die Bestimmung des § 18 Nr. 2 GWB über die Ausschließlichkeitsbindungen. Denn die Auftragskonzentration ist das erklärte Ziel der Genossenschaften, weil sie die wichtigste Voraussetzung ist, um die Genossenschaften und die Einzelhändler wettbewerbsfähig halten zu können. Bei dem Versuch, § 18 GWB auf die Genossenschaften anzuwenden, ergeben sich zwei Probleme. Einmal erscheint es fraglich, ob § 18 GWB überhaupt auf Verträge, die eine Genossenschaft schließt, anwendbar ist, und zum anderen ist zu klären, ob § 18 GWB alle Wettbewerbsbeschränkungen erfaßt, die sich irgendwie im Zusammenhang mit einem Vertrag im vertikalen Verhältnis auswirken oder ob die Wettbewerbsbeschränkung Bestandteil eines Vertrages sein muß.

1. Anwendbarkeit des § 18 GWB auf die Einkaufsgenossenschaften

Zum ersten Problem wird die Ansicht vertreten (190), daß § 18 GWB nicht auf solche Verträge anzuwenden ist, die Vereinigungen von Unternehmen schließen. Diese Ansicht kann nicht schon mit dem Hinweis auf § 100 IV GWB widerlegt werden, wonach Verträge zwischen Vereinigungen von Erzeugerbetrieben und von Unternehmen von § 18 GWB freigestellt werden. Zwar ist es im GWB eine bekannte Technik, aus dem Inhalt der Ausnahmebestimmung die Reichweite der Grundnorm zu bestimmen (191), doch stehen § 100 IV und § 18 GWB nicht in einem solch engen Verhältnis, daß dieser Rückschluß zulässig wäre. Darüber hinaus ist § 100 IV GWB ganz auf die besondere Lage der Landwirtschaft hin konzipiert, so daß sich auch daher Rückschlüsse verbieten.

Der Ablehnung, § 18 GWB auf Vereinigungen anzuwenden, liegt der richtige Gedanke zugrunde, daß die wettbewerbsbeschränkende Bindung eines Mitglieds der Vereinigung regelmäßig auf einem Handeln aller Gruppenmitglieder zu einem gemeinsamen Zweck beruhen wird, das schon nach § 1 GWB zu beurteilen sein wird. Für die Genossen-

(190) Schwartz in GK § 18, 10; Langen § 18, Anm. III b;

(191) so wird aus § 16 geschlossen, daß auch § 15 GWB die wirtschaftliche Bindung erfaßt;

schaft, die sowohl eine Vereinigung von Unternehmen darstellt als auch selbst ein Unternehmen ist, könnte das bedeuten, daß § 18 GWB nur insoweit anwendbar ist, als der Bindung des Genossen kein gemeinschaftlicher Mitgliederbeschluß zugrundeliegt (192). Nur wenn die Genossenschaft, d.h. in Person des Geschäftsführers, quasi als selbständiges Unternehmen gegenüber dem Genossen handelt, sollen ihre geschäftlichen Beziehungen dem allgemeinen Prinzip des Wettbewerbs unterliegen und damit den betreffenden Normen des GWB.

Diese Unterscheidung entspricht aber weder den tatsächlichen Verhältnissen noch führt sie zu befriedigenden Ergebnissen. Denn auch wenn dem Handeln des Genossenschaftsorgans keine ausdrückliche Satzungsbestimmung oder Mitgliederbeschluß zugrundeliegt, handelt das Organ doch immer nur im Rahmen der ihm zugewiesenen Geschäftstätigkeit. Hat dabei das Organ ohne Genehmigung der Mitgliederversammlung gehandelt, so muß es sich spätestens bei der nächsten Mitgliederversammlung dafür verantworten. Daran ändert sich auch nicht, daß bei der Reform des Genossenschaftsgesetzes dem Vorstand eine größere Eigenverantwortung für die laufende Geschäftstätigkeit zugebilligt worden ist, da dies nicht seine grundsätzliche Verantwortlichkeit gegenüber der Mitgliederversammlung berührt.

Um dennoch zu einer Anwendung des § 18 GWB kommen zu können, wird zu einer Fiktion gegriffen, indem die Tatsache, daß das Handeln des Organs auf einem ausdrücklichen Beschluß oder einer globalen Geschäftszuweisung beruht, als eine dem Gesellschaftsrecht eigentümliche Regelung aufgefaßt wird, als dieser Gesellschaftsform eigene Art der Willensbildung, der keine kartellrechtliche Relevanz zukommt (193). Die Form des Zustandekommens soll dabei hinter der Einheit der juristischen Person zurücktreten. Wie sehr auch auf den ersten Blick diese rigorose Vereinfachung im Verhältnis zu Dritten einleuchtend erscheinen mag, so hebt doch ihre generelle Anwendung das grundsätzliche Verbot des § 1 GWB aus den Angeln. Denn die Genossen könnten ohne Beschränkung durch das Kartellverbot wettbewerbsbeschränkende Absprachen treffen, wobei allenfalls

(192) so Rittner DB 57, 1093 ff; ähnlich auch BKartA TB 61, 25;

(193) so Ewald WuW 56, 255; ähnlich auch Henkel, Die erlaubte Verbandsempfehlung ... S. 68 hinsichtlich der Empfehlungen;

die Durchführungshandlungen unter den erschwerten Bedingungen der §§ 15, 18 GWB dem Verbot unterfallen könnten. Im Verhältnis zu den eigenen Genossen als Kunden wird nicht einmal dies Erfolg versprechen, denn angesichts der vorher erzielten Übereinstimmung ist es nicht erforderlich, eine Verpflichtung des Genossen in den Individualvertrag aufzunehmen.

So wird der hohe Grad der Auftragskonzentration erreicht, ohne daß die Austauschverträge oder etwa Allgemeine Geschäftsbedingungen der Genossenschaft eine vertragliche Ausschließlichkeitsbedingung enthalten müssen. Eine Ausnahme bilden in der Praxis die Verträge im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung. Hierbei muß sich der Empfänger i.d.R. verpflichten (194), für einen bestimmten Zeitraum seinen Bedarf bei der Genossenschaft zu decken (195). Diese Bindung gilt teils als generell unbedenklich (196), teils wenigstens insoweit als sie nicht über die Laufzeit des Kredits hinausgeht (197). Bei dem ständig wachsenden Finanzbedarf der Einzelhändler (198) wird diese Frage in Zukunft auch unter dem Aspekt der wesentlichen Beschränkung des Wettbewerbs, § 18 Alt. c GWB, aktuell werden, wobei das Ergebnis wesentlich von der Marktabgrenzung - lokaler Markt der Großhändler oder Gesamtmarktlage - abhängen wird.

2. Anwendungsbereich des § 18 GWB

Ist aber die Wettbewerbsbeschränkung nicht in Form einer rechtlichen Verpflichtung Bestandteil des jeweiligen Individualvertrages, sondern wirkt sie sich nur in der selben Wirtschaftsebene aus und erfolgt nur aus Anlaß vertraglicher Geschäftsbeziehungen, so stellt sich die Frage, ob § 18 GWB auf solche Bindungen anwendbar ist.

Schließt man sich dabei der weitverbreiteten Meinung an (199), daß § 18 GWB nur rechtliche Vertragsbindungen erfasse, so ist diese

(194) Klemann a.a.O. S. 84;

(195) vgl. das Beispiel in TB 61, 40;

(196) Frankfurter Komm. § 18, 82;

(197) Bkarta TB 61, 40; Rittner, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung S. 117;

(198) darauf weist Kleinen a.a.O. S. 111 hin;

(199) Frankfurter Komm. § 18, 47; Schwartz in GK § 18, 12; Müller-Gries-Giessler § 18, 10;

Frage zu verneinen. Begründet wird diese Ansicht i.d.R. mit dem Wortlaut der Vorschrift. Auch sei der in der ersten Wahlperiode gemachte Vorschlag, "rechtlich und wirtschaftlich" in den Text einzufügen, in der zweiten Periode nicht mehr aufgegriffen worden. Daraus ergebe sich, daß eine Erstreckung auf die wirtschaftlichen Bindungen nicht gewollt sei.

Doch zwingt der Wortlaut keineswegs zu dieser Auslegung, denn § 18 GWB stellt nur auf die Beschränkung des Vertragspartners ab. Daraus folgt nicht, daß es sich um eine rechtliche Verpflichtung handeln muß. Die Begründung, daß der ursprüngliche Vorschlag keinen Eingang in den endgültigen Gesetzestext gefunden hat, überzeugt angesichts der nicht immer sehr sorgfältigen Redigierung des GWB nicht. Dagegen entspricht es eher dem Zweck des Gesetzes, auch die wirtschaftlichen Bindungen einzubeziehen. Denn mit der Vorschrift des § 18 GWB soll die Offenhaltung des Marktes und der Schutz des Wettbewerbs als Institution erreicht werden. Der Wettbewerb aber kann nicht nur durch eine horizontale Vereinbarung eingeschränkt werden, sondern auch im gleichen Maße dadurch, daß ein Unternehmen ein ganzes Bindungssystem durch eine Vielzahl von Einzelverträgen errichtet. Da die Bindungswirkung dieser Verträge nicht davon abhängt, ob es sich um eine rechtliche Ausschließlichkeitsverpflichtung oder um eine nur wirtschaftliche Ausschließlichkeitsbindung handelt, ist kein Grund ersichtlich, letztere von § 18 GWB auszunehmen. Wollte man die wirtschaftlichen Bindungen nicht dem § 18 GWB zurechnen, so wären einer Umgehung Tür und Tor geöffnet. Durch einfaches Umformulieren ließe sich wirksam ein System von Ausschließlichkeitsbindungen errichten, ohne den Eingriff des Kartellamtes fürchten zu müssen. Aus diesem Grunde ist davon auszugehen, daß § 18 GWB auch die wirtschaftlichen Bindungen erfaßt (200).

Weitere Probleme ergeben sich bei der Abgrenzung des Begriffs wirtschaftliche Bindung. Es läge nahe, diesen Begriff weit aufzufassen und darunter außervertragliche Bindungen zu verstehen, die nur aus Anlaß des Vertrages erfolgen und auf wirtschaftlichen, gesellschaft-

(200) so auch Rittner a.a.O. S. 37; DB 57, 1119; Koenigs in Wettbewerbs als Aufgabe S. 312; Jansen, Die Koppelungsverträge ... S. 104;

lichen oder sonstigen Abhängigkeiten beruhen. Der BGH (201) hat sich aber in einer grundlegenden, wenn auch vielfach kritisierten (202) Entscheidung zu §§ 15, 16 GWB gegen eine weite Auslegung des Begriffs der wirtschaftlichen Bindung ausgesprochen. Danach müssen auch die wirtschaftlichen Bindungen vertragliche Bindungen sein, deren Unterschied zur rechtlichen Bindung darin besteht, daß dem Gebundenen der Wiederverkaufspreis rechtlich freigestellt ist, ihm nur im Verträge bei Einhaltung der angegebenen Preise wirtschaftliche Vergünstigungen, bei Nichteinhaltung wirtschaftliche Nachteile in Aussicht gestellt werden. Durch diese Auslegung, die insoweit auch bei einer Auslegung des § 18 GWB zu berücksichtigen ist, ist der Begriff der wirtschaftlichen Bindung zur praktischen Bedeutungslosigkeit herabgesunken. Denn wer durch wirtschaftliche Druckmittel binden will, kündigt dies an, erwartet aber kaum die Zustimmung der Abnehmer in einem schriftlichen Vertrag.

Nach dieser Auslegung können allenfalls Treue- und Konzentrationsrabatte, die auch bei den Genossenschaften vorkommen, unter § 18 GWB fallen. Denn dadurch wird kein echt erwirtschafteter Rationalisierungsvorteil an den Kunden weitergegeben, sondern der Rabatt stellt eine zusätzliche Belohnung dar, um den Kunden zu bewegen, auch in Zukunft im gleichen Maße Waren von seinem Lieferanten zu beziehen.

Da auch bei dieser Auslegung des § 18 GWB noch Lücken bestehen, die eine Umgehung ermöglichen, stellt sich die Frage, ob nicht § 18 GWB i.S.e. Generalklausel ausgelegt werden muß, so daß er bei allen Beschränkungen zur Anwendung käme, soweit nur vertragliche Leistungsbeziehungen zwischen den Marktpartnern bestünden. Diesen Weg hat vor allem Koenigs (203) vorgeschlagen. Nach seiner Ansicht muß die Bindung nicht Inhalt des Vertrages sein, sondern es soll genügen, wenn sie sich nur als Wirkung aus der Erfüllung des Vertrages ergibt oder wenn sie auf wirtschaftlichem Druck beruht. Begründet wird diese weite Auslegung damit, daß § 18 GWB nur auf die Tatsache der Beschränkung abstelle und daß daher das Wie

(201) BGH Z 28, 208;

(202) z.B. Lukes JUS 62, 216 ff; Steindorff JZ 59, 200 ff; E.R. Huber a.a.O. S. 107; Frankfurter Komm. § 15, 31; zustimmend Kirschstein WuW 58, 527;

(203) Einige Probleme des § 18 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 301 ff;

der Beschränkung nicht entscheidend sei. Tatsächliche Beschränkungen seien aber genauso wirksam wie vertragliche und daher gleich diesen zu behandeln.

Die Gleichwertigkeit der Wirkung soll also die extensive Auslegung rechtfertigen. Dahinter steckt der Gedanke, daß es den handelnden Personen nicht möglich sein darf, durch rechtstechnische Änderungen die Absicht des Gesetzgebers zu umgehen (204).

Die Gleichwertigkeit des Sachverhalts, wie sie sich auf Grund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ergibt, ist zwar eine unabdingbare Voraussetzung für eine ausdehnende Auslegung, aber noch keine Begründung dafür, ob die Vorschrift auch auf diesen Sachverhalt angewendet werden soll. Man könnte zwar versucht sein, eine solche Begründung aus dem Umgehungsverbot als einem allgemeinen Rechtsprinzip zu entnehmen. Doch führt dies nur zu einer Scheinbegründung, denn die Unzulässigkeit einer Umgehung hängt von Inhalt und Reichweite der betreffenden Norm ab, nicht umgekehrt kann der Umgebungs-begriff den Anwendungsbereich der Norm abgrenzen (205).

Auf der anderen Seite kann eine extensive Auslegung nicht schon mit dem Hinweis auf Art. 103 II GG abgetan werden. Dieser Grundgesetzartikel hat für die Auslegung des GWB besondere Bedeutung erlangt. Infolge der "Gemengelage", wie sie im GWB besteht, wird die Ansicht vertreten (206), daß Art. 103 II GG Auslegungsmaßstab für alle Normen des GWB ist. Unter dem Gesichtspunkt "Einheit der Rechtsordnung" sei es nicht zulässig, innerhalb eines Gesetzes unterschiedliche Maßstäbe anzuwenden. Da ein Verstoß gegen die gesetzlichen Verbote oder die behördlichen Gebote als Ordnungswidrigkeit sanktioniert ist, müssen sich auch die Verbots- und Eingriffstatbestände an die engen strafrechtlichen Auslegungsmöglichkeiten halten. Auf der anderen Seite (207) wird zwar ebenfalls ein Unterschied in den Auslegungsprinzipien für unerträglich gehalten, aber um der Ziele des GWB willen eine weite Auslegung für erforderlich gehalten.

(204) diesen Gedanken hat schon das RG 24, 45 für beachtlich gehalten;

(205) so auch Steindorff, Die Politik ... S. 234;

(206) Ralsch ZHR 128, 164 ff;

(207) Sandrock, Die Einheit der Wirtschaftsordnung;

Eine generelle Entscheidung für eine entweder immer enge oder immer weite Auslegung scheint hier jedoch nicht am Platze zu sein. Die Auslegungsfähigkeit einer Norm kann sich nur aus Sinn und Zweck der jeweiligen Norm selbst ergeben und daher auch in einem Gesetz unterschiedlich ausfallen. Inwieweit dann Art. 103 II GG auch auf Ordnungswidrigkeiten in gleicher Weise wie auf Kriminalunrecht anzuwenden ist und daher im Einzelfall eine Schranke bilden kann, auch soweit kein Bußgeldverfahren droht, kann hier dahinstehen (208). Festgehalten soll nur werden, daß auch Art. 103 II GG eine extensive Auslegung nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht verbietet, sondern nur eine analoge Anwendung zu Ungunsten des Betroffenen (209).

Es gilt also die Norm auszulegen. Dabei wird man der teleologischen Auslegung sicher den vornehmsten Rang zusprechen müssen (210). Doch ist zu beachten, daß Auslegung bedeutet, den Inhalt des Gesetzes, wie er sich im Gesetzestext objektiviert hat, herauszuarbeiten, nicht dagegen darf an diese Stelle das eigene Vorverständnis des Rechtsanwenders gesetzt werden. Bevor man also die dem Gestaltungszweck dienenden Tatbestandsmerkmale zurücktreten läßt, weil sie möglicherweise dem Gestaltungszweck, so wie er vom Rechtsanwender verstanden wird, im Wege stehen können, ist erst zu prüfen, ob der Gesetzgeber nicht gerade dadurch eine beabsichtigte Wertung vorgenommen hat. Möglicherweise in dem Sinne, daß der Gestaltungszweck, der der Norm zugrundeliegt, gerade nicht extensiv, sondern nur innerhalb bestimmter Schranken zur Geltung kommen soll.

Untersucht man den § 18 GWB daraufhin, so zeigt es sich, daß § 18 GWB nicht im Sinne einer Generalklausel ausgelegt werden kann. Die systematischen Untersuchungen haben gezeigt, daß § 18 GWB auf eine ganz bestimmte Marktsituation abzielt, nämlich auf die vertraglichen Austauschbeziehungen zwischen rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmen. Liegen diese Merkmale vor, so soll § 18 GWB aber nur anwendbar sein, wenn bestimmte, durch den Tatbestand näher

(208) vgl. dazu die Bedenken und Vorschläge von Steindorff a.a.O. S. 237 ff;

(209) Sandrock a.a.O. S. 49 ff mit weiteren Nachweisen; Teichmann, in Festschrift für Larenz S. 391 ff;

(210) vgl. oben S.32 ff; auch P. Ulmer WuW 71, 878 ff;

beschriebene Verhaltensweisen vorliegen, die eine bestimmte wettbewerbliche Wirkung zeitigen. Es genügt also nicht das Vorliegen eines beliebigen Austauschvertrages, sondern es muß sich um eine ganz bestimmte Art der Beschränkung handeln. Diese enumerative Aufzählung einzelner typisierter Beschränkungsarten entspricht der Vorstellung des Gesetzgebers, nicht alle Verträge, die eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung hervorrufen bzw. in deren Gefolge sich eine solche Wirkung ergibt, zu verbieten oder einer strengen Aufsicht zu unterwerfen. Zu der enumerativen Technik hat sich der Gesetzgeber entschlossen, weil es bei der großen Zahl und vielfältigen Eigenart solcher Individualverträge nicht möglich ist, alle tatbestandlich zu erfassen. Ein generelles Verbot, wie in § 1 GWB, wollte der Gesetzgeber aber deshalb nicht erlassen, weil er einmal der Ansicht war, daß in vielen Fällen ein rechtlich und wirtschaftlich anzuerkennendes Bedürfnis für derartige Bindungen besteht, zum anderen deswegen, weil grundsätzlich jeder Austauschvertrag eine Bindung des Marktpartners bewirkt. Da aber gerade die Förderung des freien Zustandekommens von Austauschverträgen Ziel und Zweck des § 18 GWB ist, kann nicht schon auf diese Bindung abgestellt werden, sondern nur auf eine zusätzliche Bindung, die über den Austauschvorgang hinausgeht (211).

Das Gesetz selbst hat also die Entscheidung getroffen, inwieweit solche Verträge zulässig sein sollen und die Fassung der Tatbestände dient dazu, das Unerwünschte vom Unbedenklichen zu scheiden.

Der Auslegung des § 18 GWB sind also schon durch den Gesetzgeber Schranken gesetzt. Die Wertung des Gesetzgebers, die sich deutlich aus der Tatbestandsfassung der Vorschrift und der systematischen Stellung ergibt, ist zu beachten. An ihre Stelle darf nicht die - wenn auch vielleicht im Hinblick auf die Freihaltung des Wettbewerbs effektivere - Wertung des jeweiligen Rechtsanwenders treten. Daher kann auch die wirtschaftliche Bindung, wenn man sie wie hier in den Anwendungsbereich des § 18 GWB zieht, nur als vertragliche Bindung verstanden werden. Denn gerade die vertragliche Grundlage der Beschränkung ist das spezifische Merkmal des § 18 GWB, das ihn von den Vorschriften über tatsächliche Beschränkungen abgrenzt.

(211) vgl. oben S. 41 f;

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß für eine Anwendung des § 18 GWB kaum Raum bleibt. Denn nimmt man das grundsätzliche Verbot des § 1 GWB ernst, so bleibt für § 18 GWB im Verhältnis zu den Genossen nur der Fall, daß der Geschäftsführer eigenmächtig handelt und eine Kontrolle durch die Mitgliederversammlung nicht erfolgt. Schränkt man andererseits den Bereich des § 1 GWB zu sehr ein, indem man die Mitgliederbeschlüsse als nicht GWB-relevant betrachtet, käme man ebenfalls kaum zu einer Anwendungsmöglichkeit des § 18 GWB, da dieser nach der Rechtsprechung auf vertragliche Bindungen beschränkt ist und die Bindungswirkung hinsichtlich des einzelnen Genossen gerade nicht auf dem einzelnen Austauschvertrag beruht (212).

II Anwendbarkeit der §§ 25, 26 GWB

Die Tatsache, daß die Vorschriften über vertragliche Beschränkungen nicht zum Zuge kommen, wäre dann noch nicht als Beweis für ein falsches systematisches Vorgehen anzusehen, wenn es möglich wäre, mit Hilfe anderer Vorschriften den Besonderheiten des Genossenschafts-komplexes gerecht zu werden. Wie wir gesehen haben, enthält das GWB auch Bestimmungen über tatsächliche Beschränkungen. Diese sind teilweise als Umgehungsverbote der vertraglichen Bestimmungen konzipiert, teilweise sollen sie verhindern, daß Marktmacht wettbewerbsbeeinträchtigend eingesetzt wird. Wenn es nun möglich wäre, diese Vorschriften, insb. §§ 25 II, 26 II GWB, in vollem Umfange auf das Verhältnis Genossenschaft - Genossen anzuwenden, so könnte der beschränkte Anwendungsbereich der vertraglichen Bestimmungen hingenommen werden, da ein Ausgleich zur Verfügung steht und es wäre allein eine Sache der Rechtsprechung den Anwendungsbereich der §§ 25, 26 GWB voll auszuloten (213).

(212) a.A. Rittner DB 57, 1094 f, der meint mit dieser Ansicht, zu systemgerechten und vernünftigen Ergebnissen kommen zu können;

(213) kritisch zur bisherigen Rechtsprechung vor allen Belke, Die Geschäftsverweigerung;

Beiden hier interessierenden Vorschriften, den §§ 25 II, 26 II GWB, ist das Tatbestandsmerkmal "anderes Unternehmen" gemeinsam und diese Voraussetzung läßt ihre Anwendbarkeit hinsichtlich der Genossenschaften problematisch erscheinen. Da in den beiden Paragraphen auch ausdrücklich Vereinigungen von Unternehmen als Normadressaten genannt werden, liegt die Auslegung nahe, daß mit dem "anderen" Unternehmen kein Angehöriger dieser Vereinigung gemeint ist (214).

Man wird hier aber zu differenzieren haben. So wird für eine Anwendung des § 25 II GWB zu unterscheiden sein, ob es sich bei dem Androhen oder Zufügen eines Nachteils um die Ausübung eines sog. inneren Organisationszwangs handelt oder um die Anwendung eines äußeren Zwangs. Im ersten Fall handelt es sich nur um die Verpflichtung, die in dem der Vereinigung zugrunde liegenden Beschluß eingegangenen Bindungen einzuhalten, so daß es sich hierbei nicht um die Erzwingung eines verbotenen Tuns handelt. Im zweiten Fall dagegen stehen sich der Normadressat und das "andere" Unternehmen wie zwei fremde Unternehmen gegenüber, wobei die Vereinszugehörigkeit keine Rolle spielt. Daher kann insoweit Objekt des Zwangs bzw. der Behinderung auch ein der Vereinigung angehörendes Unternehmen sein (215).

Hinsichtlich der Genossenschaften könnte dies bedeuten, daß der von der Genossenschaft ausgeübte Druck auf einen Genossen ebenfalls unter § 25 II GWB fallen könnte. Wird z.B. ein Mitglied ausgeschlossen, weil es seine vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt, z.B. Zahlungen nicht pünktlich leistet oder vertrauliches Informationsmaterial an Außenstehende weitergibt (216), so handelt es sich um einen Fall des inneren Organisationszwangs, der nicht unter die kartellrechtlichen Vorschriften fällt. Wird dagegen dem Mitglied der Ausschluß angedroht, weil es nicht in einem bestimmten Umfang Waren von der Genossenschaft bezieht (217), so wird dies als

(214) Benisch in GK § 25, 3; Rasch-Westrick § 25, 5; Müller-Gries-Giessler § 25, 2;

(215) so auch BGH WuW/E 451; Frankfurter Komm. § 25, 8; Langen § 25, 5;

(216) vgl. § 6 d, e der Edeka-Mustersatzung, abgedr. bei Kleinen a.a.O. S. 213 ff;

(217) vgl. § 6 i der Mustersatzung;

ein Fall äußerer Organisationszwangs zu beurteilen sein, da eine Bezugspflicht nicht zu den vertraglichen Verpflichtungen des Mitglieds zählt, so daß § 25 II GWB zur Anwendung kommen könnte. Diese Ansicht hat das Bkarta in seinem Brief an die freiwilligen Ketten vertreten (218). Bei der Anwendung dieser Rechtsansicht auf die Genossenschaften wird jedoch ein organisatorischer Unterschied zwischen den freiwilligen Ketten und den Genossenschaften sichtbar, der auch bei der rechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen ist. Bei den freiwilligen Ketten bestimmt der jeweilige Leitgrossoist unter welchen Bedingungen sich der geschäftliche Verkehr mit den angeschlossenen Kunden abzuwickeln hat. Der Einzelhändler unterwirft sich hier dem Diktat eines "anderen" Unternehmens. Bei der Genossenschaft dagegen haben alle Mitglieder solchen Bestimmungen über die Geschäftstätigkeit zugestimmt (219). Sie haben sich also selbst gebunden in der Meinung, daß die Genossenschaft ihren Förderungsauftrag nur dann in vorteilhafter Weise erfüllen kann, wenn sich alle Mitglieder, soweit möglich und zumutbar, der gemeinschaftlichen Einrichtungen bedienen. Es liegt also kein Zwang vor, sondern eine freiwillige Selbstbindung. Damit ist aber eine solche Bestimmung kein Nachteil, den ein Unternehmen einem "anderen" Unternehmen anzudrohen in der Lage ist. Bewegt sich also die Geschäftsführung bei ihren Maßnahmen im Bereich der ihr von allen Mitgliedern zugewiesenen Aufgabe, so ist § 25 II GWB auf solche Auswirkungen im vertikalen Verhältnis nicht anwendbar.

Eine Anwendung von § 26 II GWB wird von vornherein schwer vorstellbar sein, da schon die weiteren Tatbestandsmerkmale "üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr" und "unbillige Behinderung", letzteres u.a. auch wegen des genossenschaftlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, in der Praxis die Anwendbarkeit des § 26 II GWB weitgehend ausschließen werden, so daß § 26 II GWB nur für - mehr theoretisch vorstellbare - Einzelfälle in Betracht käme. Aber auch hier gilt das zu § 25 II GWB gefundene Ergebnis. Denn die Diskriminierung muß ebenfalls gegenüber einem "anderen" Unternehmen erfolgen. Geht man davon aus, daß § 26 II GWB Marktmächtigen, Kar-

(218) WuW/E Bkarta 576;

(219) Satzungsänderungen, die Pflichten auferlegen, mit denen nach Gesetz oder Satzung nicht gerechnet werden mußte, müssen alle Mitglieder zustimmen, RG Z 124, 188; 128, 191; 140, 247;

tellen usw. eine Pflicht zu einem gewissen wettbewerblichen Wohlverhalten auferlegt, um den Wettbewerb auf der nachfolgenden Stufe zu schützen (220), so setzt dies voraus, daß die zu schützenden Unternehmen auf der nachfolgenden Marktstufe tatsächlich Opfer sein können, d.h., daß das zu schützende Unternehmen infolge seiner schwächeren Marktposition den Wettbewerbsmaßnahmen der Normadressaten im § 26 II GWB ausgeliefert ist. Soweit nun die Genossenschaftsleitung im Rahmen ihrer übertragenen Aufgaben handelt, steht dem entgegen, daß die betroffenen Unternehmen selbst diesen Maßnahmen zugestimmt haben, so daß nicht von einer Diskriminierung infolge Ausnutzens einer stärkeren Marktposition gesprochen werden kann.

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß bei einer getrennten Beurteilung des horizontalen Bereichs im Genossenschaftskomplex und des - davon unabhängigen - vertikalen Bereichs letzterer auch hinsichtlich tatsächlicher Beschränkungen nicht ausreichend geschützt ist. Dem Willen des Gesetzgebers entspricht es aber, daß auch dieser Bereich in dem von ihm festgelegten Rahmen frei von solchen Wettbewerbsbeschränkungen gehalten wird.

III Zulässigkeit von Mittelstandsempfehlungen

Legt man auch für die Frage, inwieweit und in welchem Umfang Empfehlungen im Genossenschaftskomplex zulässig sein können, die Ansicht zugrunde, daß sich Genossenschaft und Mitgliederbetrieb im Geschäftsverkehr wie zwei fremde Unternehmen gegenüberstehen, so müßte dies für Empfehlungen, die im Rahmen des Geschäftsverkehrs von der Genossenschaft an die Mitglieder gerichtet werden, bedeuten, daß sie stets als vertikale Empfehlungen zu beurteilen sind und nur unter den von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für vertikale Preisempfehlungen zulässig sein können (220)

(220) dies trifft für den Tatbestand der Abnehmerdiskriminierung zu; daneben hat § 26 II GWB auch die Funktion, den Wettbewerb auf der horizontalen Stufe zu schützen, vgl. dazu Belke a.a.O. S. 340;

(221) vgl. OLG Celle BB 55, 431; Ewald WuW 56, 260;

und daß für eine horizontale Empfehlung nach § 38 II Nr. 1 GWB dementsprechend kein Platz ist (222). Tatsächlich wird in der Praxis auch davon ausgegangen, daß eine Genossenschaft vertikale Preisempfehlungen an ihre Mitglieder richten kann (223). Bei näherer Betrachtung stellt sich allerdings heraus, daß bei dieser Frage kein Ausschließlichkeitsstandpunkt eingenommen wird, sondern daß Empfehlungen der Genossenschaft teils als vertikale Preisempfehlungen, teils als horizontale Mittelstandsempfehlungen beurteilt werden (224). In der Literatur wird ebenfalls die Ansicht vertreten, daß die Genossenschaft auch eine nach § 38 II Nr. 1 GWB privilegierte Vereinigung ist (225).

Im nachfolgenden soll daher geklärt werden, ob es tatsächlich gerechtfertigt ist, die Genossenschaft als privilegierte Vereinigung nach § 38 II Nr. 1 GWB anzusehen und ob sich im rechtstatsächlichen Bereich Kriterien feststellen lassen, die eine Unterscheidung zwischen vertikaler Preisempfehlung und horizontaler Mittelstandsempfehlung als sinnvoll erscheinen lassen.

-
- (222) diese Frage hatte vor der Novelle 1973 große Bedeutung, da bei der v. PE außer der Anmeldung zum Bkarta, zu der zumindest ein faktischer Zwang bestand, auch die Mißbrauchsaufsicht des § 17 GWB zum Zuge kam. Durch die Novelle ist zwar der Anmeldezwang entfallen und nun können beide Empfehlungsarten untersagt werden (vgl. § 38 III und § 38 a III), doch ist die Unterscheidung auch für die Zukunft von Bedeutung, da die Tendenz besteht, die v. PE ganz abzuschaffen, während die Empfehlung nach § 38 II Nr. 1 GWB als Instrument der Mittelstandspolitik eher gestärkt werden wird;
- (223) Bkarta WuW/E 575 bejaht dies bei freiwilligen Ketten; in TB 63, 50 und 65, 32 werden auch andere handelskettenähnliche Zusammenschlüsse aufgefördert, ihre v. PE gem. Verwaltungsanordnung Nr. 45/60 anzumelden; dazu sind auch die Einkaufsgenossenschaften zu rechnen, vgl. Schwartz in GK § 16, 108;
- (224) in dem erwähnten Schreiben, WuW/E Bkarta 575, werden Preisempfehlungen analog § 16 IV GWB a.F. behandelt, die Sonderangebotsempfehlungen dagegen nach § 38 II S. 3 GWB a.F., obwohl auch dabei einheitliche Preise empfohlen werden; außerdem wird einmal die gemeinschaftliche Katalogwerbung mit Preisangaben nach § 38 II S. 3 GWB a.F. (TB 63, 49; BB 68, 393) und einmal als v. PE (TB 65, 32) behandelt;
- (225) E.R. Huber a.a.O. S. 125; Kuhlmann WRP 59, 196; Henkel, Die erlaubte Verbandsempfehlung ... S. 35; Baumbach-Hefermehl § 38, 32; Frankfurter Komm. § 38, 119;

Nach dem Wortlaut des § 38 II Nr. 1 GWB dürfen Vereinigungen kleiner oder mittlerer Unternehmen unter Beschränkung auf den Kreis der Beteiligten Empfehlungen aussprechen. Die Genossenschaft ist zwar selbst ein Unternehmen, doch stellt sie auf der anderen Seite auch einen Zusammenschluß von Unternehmen dar, so daß nach dem Wortlaut § 38 II Nr. 1 GWB zur Anwendung kommen könnte. Doch wird das Merkmal "Vereinigung" von Unternehmen teilweise so ausgelegt, daß darunter nur vereinsartig organisierte Gemeinschaften verstanden werden (226). Auch in den Beratungen im wirtschaftspolitischen Ausschuß des Bundestages ist nicht ausdrücklich geklärt worden, welche Unternehmenszusammenschlüsse oder -gruppierungen im einzelnen privilegiert werden sollten, zum Teil ist sogar die Ansicht vertreten worden, daß die Genossenschaften zu den großbetrieblichen Unternehmensformen zu zählen sind, die auch ohne gesetzliche Ausnahme in ihrer Betriebsorganisation Empfehlungen aussprechen können (227).

Die Beantwortung der Frage läßt sich letztlich nur dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung entnehmen. Danach soll es Mittel- und Kleinbetrieben, die gegenüber der einheitlichen Verkaufspolitik der Großbetriebe oder der großbetrieblichen Unternehmensformen, wie den Filialbetrieben, häufig benachteiligt sind, ermöglicht werden, diesen Nachteil mit Hilfe von Empfehlungen in etwa auszugleichen. Da die Mittel- und Kleinbetriebe aufgrund der rechtlichen Struktur ihre Wettbewerbsfähigkeit nicht durch innerbetriebliche Regelungen stärken können, liefern sie ohne eine Ausnahmeregelung Gefahr, daß jede gemeinsame Tätigkeit in dieser Richtung dem Kartellverbot unterfallen würde. Diese Gefahr besteht aber auch bei den Genossenschaften, da sie wegen der rechtlichen Selbständigkeit ihrer Mitglieder nur aufgrund eines gemeinsamen Beschlusses handeln können. Es entspricht also dem Sinn der Vorschrift, auch die Genossenschaften zu den privilegierten Vereinigungen zu rechnen.

(226) Ewald WuW 56, 254; wohl ähnlich, aber nicht eindeutig Mayer-Wegelin in GK § 38, 33, der ebenfalls den Begriff "Verband" verwendet;

(227) vgl. die Zusammenstellung bei Sölter WuW 59, 688 ff und WuW/E OLG 416 ff;

Hinsichtlich einer Abgrenzung zwischen horizontaler Mittelstandsempfehlung und vertikaler Preisempfehlung könnte man daran denken, nach der Funktion der Empfehlung zu unterscheiden. So sollen nach Ansicht von Ewald (228) Empfehlungen der Genossenschaft, die sie in ihrer Funktion als Lieferant an ihre Kunden richtet, als vertikale Preisempfehlungen zu beurteilen sein (229). Ewald geht dabei davon aus, daß solche Empfehlungen von der Geschäftsführung ausgehen und daß ihnen keine Einigung der Genossen zugrunde liegt. Soweit eine solche Einigung aber vorliegt, wäre eine aufgrund dieser Einigung ausgesprochene Empfehlung als eine horizontale Verbandsempfehlung anzusehen (230). Insoweit findet sich hier eine Übereinstimmung mit Henkel (231), der davon ausgeht, daß eine Verbandsempfehlung in Praxis nicht ohne einen Verbandsbeschluß zustande kommen kann, wobei in der Regel sogar zwei Beschlüsse erforderlich sind. Einmal ein Beschluß, daß überhaupt Verbandsempfehlungen gegeben werden sollen und welches Gremium die Empfehlungen erarbeiten soll und zum anderen ein Beschluß, der über den Inhalt der Empfehlungen entscheidet.

Es erscheint aber doch sehr fraglich, ob das Vorliegen bzw. Fehlen eines horizontalen Beschlusses wirklich ein sicheres Kriterium für eine Verbandsempfehlung ist. Der von Henkel für erforderlich gehaltene zweite Beschluß über den Inhalt der Empfehlung erscheint überflüssig. Denn müßten die in einem Verband zusammengeschlossenen Unternehmen erst selbst gemeinsam über die Empfehlung abstimmen, so wäre der Verband unnötig. Aufgabe und Zweck eines solchen Verbandes ist es doch gerade ein Gremium zu bilden, das selbst Empfehlungen ausarbeitet und diese an die Mitglieder weitergibt. Man wird daher nicht davon ausgehen können, daß einer Verbandsempfehlung typischerweise ein konkreter Beschluß zugrundeliegt. Übrig bleibt dann nur noch die Zuständigkeitszuweisung an das ausführende Organ. Diesen Vorentscheidungen könnte man zwar ebenfalls, wie schon zu § 18 GWB gezeigt, den wettbewerblichen Charakter absprechen, da sie noch keine unmittelbare Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens

(228) WuW 56, 260;

(229) vgl. auch Benisch, Kooperationsfibel S. 175;

(230) a.a.O. S. 33;

(231) ebenso Laufke UFITA 35, 290;

der Mitglieder bedeuten und daraus noch nicht zu entnehmen ist, ob und welche Empfehlungen einmal gegeben werden (232). Doch hier gelten die selben Einwände. Die ausgesprochenen Empfehlungen sind in Ihrem Inhalt abhängig von der durch die Mitglieder gebilligten Geschäftszuweisung und ihre wirtschaftliche Bedeutung kann nicht ohne diese horizontale Übereinstimmung der späteren Empfehlungsempfänger erfaßt werden (233). Darüber hinaus würde man zu willkürlichen Ergebnissen kommen, wollte man die Anwendbarkeit des § 38 II Nr. 1 GWB davon abhängig machen, ob die Geschäftsführung den konkreten Fall der Mitgliederversammlung vorher vorgelegt hat, so daß ein Beschluß der Versammlung ergehen kann oder ob die Usancen des Verbandes eine globale Ermächtigung genügen lassen. Umgekehrt gilt aber auch für vertikale Preisempfehlungen, daß der Vorstand einer Genossenschaft sie nicht aussprechen kann, ohne daß er dazu in irgendeiner Form durch Übereinkunft der Mitglieder ermächtigt worden ist.

Das führt zu dem Ergebnis, daß die Unterscheidung nach Art des Zustandekommens kein sicheres Abgrenzungskriterium darstellt. Es lassen sich auch keine anderen Kriterien finden, die eine sichere Unterscheidung ermöglichen. Denn beidemal wird der selbe Empfehlungsbegriff verwendet (234). Auch der Empfehlungsgegenstand ermöglicht eine Abgrenzung nicht, da der weitere Bereich des § 38 II Nr. 1 GWB auch Preisempfehlungen für Markenwaren umfaßt. Der Kreis der Empfehlungsempfänger ist ebenfalls - von Einzelfällen abgesehen - identisch. Genossenschaften verkaufen ihre eigenen Markenwaren i.d.R. nur an Mitglieder. Denn die Handelsmarke soll das Image der Genossenschaft als Ganzes stärken, so daß es wenig sinnvoll erscheint, auch Außenseiter an dieser Good-will Förderung teilnehmen zu lassen. § 38 II Nr. 1 GWB dagegen verlangt ausdrück-

(232) so Henkel a.a.O. S. 68;

(233) so auch der BGH NJW 71, 2027, 2029, danach ist ein Beschluß des Vorstandes eines Verbandes nach § 1 GWB zu beurteilen, wenn der Vorstand auf Grund der Satzung oder eines Mitgliederbeschlusses dazu ermächtigt worden ist;

(234) vgl. Bkarta Bekanntmachung Nr. 45/60 v. 28.4.60; BGH WuW/E 536; jetzt klargestellt durch § 38 a GWB n.F.;

lich die Beschränkung auf die Beteiligten, das werden i.d.R. ebenfalls die Mitglieder der Genossenschaft sein. Letztlich bietet auch die Person des Empfehlenden keinen Anhaltspunkt, da die Empfehlung jedesmal von der Genossenschaft bzw. der Zentrale ausgeht. Als Ergebnis können wir feststellen, daß sich bei den Genossenschaften eine klare Unterscheidung zwischen horizontalen Mittelstandsempfehlungen und vertikalen Preisempfehlungen nicht durchführen läßt, da sich die Empfehlungen sowohl im horizontalen als auch im vertikalen Bereich auswirken. Damit entfällt aber der eigentliche Grund für eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung der vertikalen Preisempfehlung im Verhältnis zur Mittelstandsempfehlung. Denn der BGH hat in seiner Entscheidung vom 6.6.63 (235) eine strengere Behandlung der vertikalen Preisempfehlung deshalb für richtig gehalten, weil sie infolge ihres engen Zusammenhangs mit dem Liefervertrag weit eher geeignet sei, beeinträchtigende Einwirkungen auf die Entscheidungsfreiheit der Beteiligten auszuüben. Während bei einer Verbandsempfehlung die Angesprochenen von vornherein die Unverbindlichkeit viel stärker einkalkulieren. Man wird also für die Zukunft davon ausgehen können, daß ein Verbot der vertikalen Preisempfehlung für Markenwaren die Genossenschaften nur wenig berühren wird, da sie unter den Voraussetzungen des § 38 II Nr. 1 GWB auch weiterhin Preisempfehlungen erteilen können (236).

Dieses Ergebnis zeigt einmal mehr, daß die getrennte kartellrechtliche Beurteilung des Genossenschaftskomplexes nach einem horizontalen und einem vertikalen Bereich nur zu wettbewerbspolitisch unbefriedigenden und dogmatisch inkonsequenten Ergebnissen führen kann.

(235) WuW/E BGH^o 539;

(236) davon geht auch Hoferecht aus, Vertikale Preisbindung und Preisempfehlung ... Diss., S. 206;

E Die gesetzliche Systematik als rechtspolitischer Fehler?

Die Erklärung für das bisherige Ergebnis liegt in der Erkenntnis, daß die Bestimmungen des GWB, die auf das vertikale Geschäftsverhältnis anzuwenden sind, in ihrem Anwendungsbereich beschränkt sind. Sie erfassen nicht alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im vertikalen Verhältnis auswirken, sondern nur bestimmte, im einzelnen durch die Tatbestandsfassung der einzelnen Vorschriften näher beschriebenen Wettbewerbsbeschränkungen. Das GWB hat ersichtlich Schwierigkeiten bei Anwendung der gesetzlichen Systematik, einen komplexen Sachverhalt lückenlos zu erfassen (237). Dies soll Anlaß genug sein, um zu fragen, ob der Gesetzgeber dabei den falschen Weg eingeschlagen hat.

Ein rechtspolitischer Fehler liegt nach Larenz (238) dann vor, wenn dem Gesetz ein Mangel anhaftet, der es verbesserungsfähig macht. Der Mangel ist dabei zu verstehen als Wertungswiderspruch, der durch nichts gerechtfertigt ist und der mit methodischen Mitteln nicht behebbar ist (239).

Dies unterscheidet den Begriff des rechtspolitischen Fehlers von der "Lücke" im Gesetz. Diese ist zwar ebenfalls ein Mangel des Gesetzes, der nur auf Grund eines Werturteils festgestellt werden kann. Der Unterschied ergibt sich aber aus dem zugrundegelegten Wertmaßstab. Bei der Lücke liegt er im Gesetz selbst als einem Sinn Ganzen, das eine in sich vollständige und sachlich übereinstimmende Gesamtregelung erstrebt, das aber unvollständig und ergänzungsbedürftig ist und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht. Daher ist die Lücke als eine planwidrige Unvollständigkeit zu bezeichnen.

Bei einem rechtspolitischen Fehler dagegen liegt der Bewertungsmaßstab in außergesetzlichen Bewertungsgrundsätzen. Das Gesetz hat zwei Sachverhalte unterschiedlich oder einen Sachverhalt überhaupt nicht geregelt, hätte aber nach Überzeugung des Bewertenden besser für beide Sachverhalte die selbe bzw. überhaupt eine Regelung treffen sollen. Die praktische Bedeutung dieser Begriffsunterscheidung

(237) diese Kritik übte schon Mailänder BB 63, 1157;

(238) Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 282 ff;

(239) Canaris, Systemdenken und Systembegriff ... S. 119;

ergibt sich daraus, daß eine Gesetzeslücke mit methodischen Mitteln geschlossen werden kann, während dies bei einem rechtspolitischen Fehler nicht der Fall ist.

Der Annahme einer Gesetzeslücke steht die Tatsache entgegen, daß der Gesetzgeber bewußt nicht alle wettbewerbsbeschränkenden Austauschverträge einem Verbot unterwerfen wollte. So heißt es in der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf (240): "Es ist weder möglich noch notwendig, diese Individualverträge mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung generell für unwirksam oder von einer Erlaubnis abhängig zu erklären. In vielen Fällen, so beim Konkurrenzverbot, beim Agenturvertrag, besteht ein wirtschaftlich und rechtlich anzuerkennendes Bedürfnis für derartige Bindungen".

Zwei Gründe sind daraus für die zurückhaltende Beurteilung der Individualverträge erkennbar. Einmal wird ein berechtigtes Bedürfnis für bestimmte Bindungen anerkannt und zum anderen wird ein Unterstellen unter die Vorschriften des GWB für unnötig gehalten, d.h. die Gefährlichkeit dieser Individualverträge für den Wettbewerb wird so gering eingeschätzt, daß nicht einmal eine Aufsicht durch die Kartellbehörden für notwendig gehalten wird.

Überhaupt wird der selbständigen wettbewerbsbeschränkenden Wirkung von individuellen Austauschverträgen erst seit verhältnismäßig kurzer Zeit Aufmerksamkeit geschenkt. Der traditionelle deutsche Kartellbegriff beschränkte sich auf horizontale Marktverständigungen und berücksichtigte vertikale Abreden nur, wenn sie mit horizontalen Abreden gekoppelt waren (241). So wurde auch bei der Diskussion über die Zulässigkeit der Preisbindung der zweiten Hand deren wettbewerbsbeschränkende Wirkung keineswegs von allen anerkannt, sondern von vielen geleugnet (242).

Der Grund für diese unterschiedliche Beurteilung von horizontalen Vereinbarungen und vertikalen Individualverträgen liegt darin, daß der Wettbewerb zwischen Unternehmen der selben Wirtschaftsstufe stattfindet und eine Verabredung zwischen diesen Unternehmen über ihr Verhalten im Wettbewerb diesen selbst unmittelbar beseitigt.

(240) vgl. GK (1. Aufl.) S. 1066;

(241) E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht S. 348;

(242) vgl. Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen ... S. 25, Anm. 12;

Den vertikalen Absprachen dagegen fehlt diese Unmittelbarkeit (243). Der Konkurrent ist an der Absprache nicht beteiligt, ihn treffen die Wirkungen der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung nur mittelbar als ihm das Ziel seines Strebens, mit eben dem selben Abnehmer zu einem Vertragsabschluß zu kommen, verwehrt wird. Doch diese Ausschlußwirkung für den Konkurrenten tritt bei jedem Abschluß eines Austauschvertrages ein. Da das frei zustandegekommene Austauschgeschäft jedoch Ziel des Wettbewerbs ist, muß seine - wenn oft auch kaum ermeßbare - wettbewerbsbeschränkende Wirkung als wettbewerbskonform angesehen werden (244).

Die Beurteilung eines Individualvertrages nach wettbewerbsbeschränkenden Gesichtspunkten erfordert also wesentlich mehr und schwierigere Akte des Wertens als dies bei einem Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck der Fall ist. Daher erscheint auch die Einteilung des Gesetzgebers, wettbewerbsbeschränkende Verträge danach zu unterscheiden, ob sie zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen sind, auf sachlich gerechtfertigten Unterschieden zu beruhen.

Ein Blick über die Grenzen zeigt, daß die Nachbarländer der Bundesrepublik nicht oder zumindest nicht in gleicher Weise diese Unterscheidung kennen. Eine Zusammenstellung dieser Regelungen findet sich bei Walz (245). Hier muß eine kurze Kennzeichnung genügen.

Belgien kennt rechtlich keine Unterschiede zwischen horizontalen und vertikalen Verträgen. Frankreich kennt zwar rechtlich auch keine Unterscheidung, doch wird in der Praxis Art. 59 der Ordonnance Nr. 45 - 1463 auf horizontale Verträge beschränkt, Art. 37 Nr. 4 dagegen auf vertikale Verträge, wie überhaupt der Bekämpfung von vertikalen Beschränkungen vertraglicher wie tatsächlicher Art besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird (246). In Italien spielt die Unterscheidung als generelle Einteilung keine Rolle. Luxemburg hat eine Generalklausel für alle Arten wettbewerbsbeschränkender Verträge und zusätzlich eine enumerative Sonderregelung mit unmittelbaren

(243) Biedenkopf a.a.O. S. 25;

(244) Biedenkopf a.a.O.; Rittner DB 57, 1120;

(245) Systemfragen im europäischen Kartellrecht;

(246) vgl. Belke, Die Geschäftsverweigerung ... S. 36;

Verboten. Bei den Niederlanden liegt der Schwerpunkt gerade bei den vertikalen Verträgen. Art. 85 I EWG-V kennt keine Beschränkung auf Verträge zu einem gemeinsamen Zweck, sondern er erfaßt nach der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (247) auch vertikale Verträge.

Dieser kurze Ausblick zeigt, daß die im GWB getroffene Unterscheidung keineswegs allen Ländern als wesentlich erscheint. Auch soweit sie bekannt ist, wird auf ihre Abgrenzung bei weitem nicht so viel Scharfsinn wie vom GWB und den deutschen Schriftstellern und Kommentatoren verwandt. Einzelne Untersuchungen haben aber auch gezeigt, daß die jeweilige Systematik stark durch die historischen Gegebenheiten und der sich daraus ergebenden hauptsächlichen Zielsetzung bedingt ist, so daß sich nur schwer Vergleiche und Rückschlüsse ziehen lassen (248).

Man wird daher die Systematik des GWB als eine mögliche und auch berechnete Einteilung ansehen können, der nicht der Makel eines rechtspolitischen Fehlers anhaftet. An dieser Beurteilung ändert sich auch durch die Tatsache nichts, daß in neuerer Zeit, den vertikalen Beschränkungen mehr Aufmerksamkeit gewidmet wird als früher und daß man in einzelnen Fällen schärfer urteilt als bisher (249). Verbesserungen im Einzelnen widerlegen noch nicht das ganze System und müssen auch nicht zu seiner Aufhebung führen. Denn die Tatsache, daß der einzelne wettbewerbsbeschränkende Austauschvertrag für den Wettbewerb ungefährlicher ist, bleibt bestehen. Auf der anderen Seite würde die Gefahr einer Überstarken staatlichen Wirtschaftslenkung zu groß, wollte man ganz auf quantitative und qualitative Elemente in den Tatbeständen verzichten und generell ein Verbotsprinzip einführen. Auch wenn die in der Systematik zum Ausdruck kommende Wertung in Einzelfällen zu unbefriedigenden Ergebnissen führt, so ist sie doch auch in diesen Fällen bindend (250).

(247) EuGH v. 13.7.66 "Grundig-Consten"; v. 30.6.66 "Maschinenbau-Ulm";

(248) vgl. Belke a.a.O. S. 36, wonach sich in Frankreich die besondere Aufmerksamkeit für vertikale Beschränkungen aus der erstarrten und schwerfälligen Händlerstruktur erklärt;

(249) vgl. die Einschränkung der vert. Preisbindung und das in Zukunft mögliche Verbot der vert. Preisempfehlung, sowie die Erweiterung des § 18 GWB hinsichtlich der Wettbewerbswirkungen;

(250) Canaris a.a.O. S. 102;

F Ergebnis

Die isolierte Beurteilung der Geschäftsbeziehungen zwischen Genossenschaft und Mitglied, bzw. Zentrale und Genossenschaft, nach den Vorschriften des zweiten Abschnitts und den entsprechenden Vorschriften über tatsächliches Verhalten, hat zu wettbewerbspolitisch unbefriedigenden Ergebnissen geführt. Der Fehler liegt darin, daß die Identität von Kunde und Träger als das genossenschaftsspezifische Merkmal nicht berücksichtigt worden ist. Das hat dazu verführt, die gesetzliche Systematik auf einen Sachverhalt anzuwenden, der ihr nicht entspricht. Denn in Wahrheit liegen keine "normalen" Austauschverträge vor, die auch kartellrechtlich selbständig beurteilt werden können, sondern es handelt sich um Austauschverträge, die von dem horizontalen Grundverhältnis in ihrem Inhalt und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung abhängig sind. Die Bindungswirkung wird erst bei Berücksichtigung des horizontalen Vertrages zu einem gemeinsamen Zweck in ihrem ganzen Umfang erkennbar und auch erklärbar. Infolge dieses engen Zusammenhangs entfällt aber auch die Berechtigung der mildereren Einschätzung, wie sie der Gesetzgeber für die "normalen" vertikalen Austauschverträge vorgesehen hat.

2. Teil Die einheitliche Beurteilung des Genossenschaftskomplexes

Da sich auf Grund des engen Zusammenhangs zwischen dem horizontalen Grundverhältnis und den vertikalen Austauschverträgen eine isolierte Beurteilung der beiden Bereiche verbietet, ist zu untersuchen, ob das GWB nicht doch eine systemgerechte Möglichkeit bietet, den Besonderheiten der Genossenschaften gerecht zu werden, indem der Genossenschaftskomplex einheitlich beurteilt wird. An Versuchen, vertikale Austauschverträge der Rechtsfolge des § 1 GWB zu unterwerfen, hat es auch bisher nicht gefehlt. Erinnerung sei an die Untersuchungen über die Einheitsgesellschaft (251) oder das Problem, ob nicht das Kartellverbot auch den Bestand des Einzelvertrages erfaßt (252), ob nicht sogar zwischen beiden eine Einheit i.S.d. § 139 BGB besteht (253).

Bei diesen Fragen handelte es sich darum, wettbewerbsbeschränkende Individualverträge der Unwirksamkeitsfolge des § 1 GWB zu unterwerfen, weil entweder diese Verträge in ihrer Gesamtheit einen förmlichen Kartellvertrag ersetzen oder weil sie als reine Ausführungshandlungen eine Umgehung der Unwirksamkeitsfolge darstellten. Diese Lösungen können hier nicht herangezogen werden. Denn hier geht es darum, ob § 1 GWB auch solche Wettbewerbsbeschränkungen erfaßt, die sich zwar erst im vertikalen Verhältnis auswirken, aber nicht durch die vertikalen Verträge begründet werden, sondern ihren Ursprung in der organisatorischen und funktionalen Verknüpfung zweier Unternehmen haben. Dazu bedarf es einer Auslegung der Reichweite des § 1 GWB.

(251) Flechtheim, Die rechtliche Organisation der Kartelle S. 83 ff; Naegeli, Die Doppelgesellschaft; Hefermehl GRUR 66, 653;

(252) insb. Fuchs, Kartellverbot und Einzelvertrag;

(253) dazu Baumbach-Hefermehl § 1, 65; Fikentscher BB 56, 794;

A Die Folgetheorie

Daß bei Anwendung der Gegenstandstheorie vielfach Umgehungen der Ziele des GWB möglich sind (254), wurde schon früh erkannt und man hat versucht, diesem Übel mit Hilfe der Folgetheorie Abhilfe zu schaffen. Nach dieser Theorie braucht der Vertrag nur eine, nicht aber die einzige Ursache für die wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu sein. Es genügt, wenn der Vertrag in Verbindung mit außerhalb liegenden Umständen geeignet ist, den Markt wettbewerbsbeschränkend zu beeinflussen (255). Diese Ansicht erweitert zwar sehr den Anwendungsbereich des § 1 GWB und entspricht insofern besser dem Ziel des Schutzes der Wettbewerbsfreiheit. Doch gleichzeitig wirft diese Theorie eine solche Fülle von Problemen auf, daß ihre generelle Anwendung bedenklich erscheint. Der Hauptvorwurf, der gegen die Folgetheorie erhoben wird, lautet, daß sie gegen das Postulat der Rechtssicherheit verstoße (256). Es gehe nicht an, die von den Beteiligten nicht überschaubaren und in ihrer Entwicklung nicht vorhersehbaren Marktverhältnisse zum maßgeblichen Kriterium für das kartellrechtliche Unwerturteil über eine Vereinbarung zu machen (257). Die Richtigkeit dieser Ansicht setzt allerdings voraus, daß der Rechtssicherheit ein höherer Wert zuerkannt wird, der bei der Auslegung des GWB vorrangig zu beachten ist.

In der Rechtsphilosophie wird die Rechtssicherheit neben der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit als gleichwertiger Bestandteil der Rechtsidee angesehen (258). Sie gilt als grundlegendes Ziel jeder Rechtsordnung, da es ebenso wichtig ist, daß ein Rechtsstreit beendet wird, wie daß eine gerechte und zweckmäßige Entscheidung getroffen wird. Die Rechtssicherheit wird daher auch in der Recht-

(254) so z.B. Günther, 10 Jahre Bundeskartellamt S. 13;

(255) Benkendorff WRP 62, 319; Sandrock, Grundbegriffe ... S. 243 f;

(256) Baumbach-Hefermehl § 1, 52; Hefermehl, Informationsverträge ... S. 31; Halbey Jur. Analysen 70, 41 ff; Ballerstedt in Festschrift f. Böhm S. 187 ff; Fikentscher Europees Kartelrecht S. 184; Merle, Marktinformationsverfahren und § 1 GWB S. 68; Baur ZHR 134, 124; aml. Begründung zum Referentenentwurf v. 20.3.70 S. 57;

(257) Baur, Mißbrauch im deutschen Kartellrecht S. 128;

(258) Radbruch, Rechtsphilosophie S. 168 ff; Henckel, Rechtsphilosophie S. 334;

sprechung des Bundesverfassungsgerichts "zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips" gerechnet (259).

Die Rechtssicherheit verlangt nicht nur die Geltung und Durchsetzbarkeit der Rechtssätze, sondern sie stellt auch Anforderungen an den Inhalt. Der Rechtsunterworfenen muß wissen, welche Rechte und Pflichten für ihn bestehen und mit welchen Rechtsfolgen er zu rechnen hat. Das erfordert Eindeutigkeit der Rechtsbegriffe (260), sowohl auf der Tatbestandsseite als auch auf der Rechtsfolgenseite. Aber auch der Rechtsanwendende muß wissen, was er zu tun hat. Er muß den Rechtssatz sicher handhaben können, das Gesetz muß praktikabel sein (261). Diese Erfordernisse der Rechtssicherheit können nun mit anderen Prinzipien der Rechtsidee in ein Spannungsverhältnis geraten (262). So wird die Gerechtigkeit oft die Berücksichtigung aller individuellen Besonderheiten fordern, die Rechtssicherheit dagegen wird zu einer Abstrahierung vom Einzelfall führen, auch wenn es auf Kosten der materiellen Richtigkeit im Einzelfall geht. Welchem Prinzip ist der Vorrang zu geben? Aus dem Rechtsdenken selbst läßt sich eine grundsätzliche Rangfolge nicht herleiten (263). Um eine solche herzustellen, bedarf es einer rechtspolitischen Wertung, die je nach vorherrschender Rechts- und Staatsauffassung verschieden ausfallen wird (264).

Darüber hinaus ist es möglich, daß der Gesetzgeber für einzelne Rechtsgebiete unterschiedliche Wertungen trifft.

Mißt man die drei Bestandteile der Rechtsidee an der im Grundgesetz zum Ausdruck kommenden maßgeblichen Grundentscheidung des Verfassungsgebers, so wird man dem Prinzip der Rechtssicherheit nicht generell den ersten Rang einräumen können. Dem steht schon der Aufbau des Grundgesetzes entgegen, das an erste Stelle die Grundrechte gesetzt hat, die der Verwirklichung der Gerechtigkeit dienen. Dennoch

(259) BVerfGE 7, 89, 92; 13, 261, 271;

(260) nach der Rspr. des BVerfG ist das Bestimmtheitserfordernis Bestandteil der Rechtsidee und des Rechtsstaates, BVerfGE 8, 274, 302 ff; 13, 261, 271; 19, 253, 267;

(261) Rittner WuW 69, 65;

(262) Henckel a.a.O. S. 334;

(263) Radbruch a.a.O. S. 169 f; Henckel a.a.O. S. 345;

(264) das hat sehr instruktiv Henckel a.a.O. S. 342 ff herausgearbeitet;

spielt die Rechtssicherheit bei der Auslegung aller Gesetze (265) eine große Rolle, wenn auch nicht immer eine gleichwertige. Eine besondere Bedeutung hat die Rechtssicherheit im Privatrecht (266). Denn hier ist Maßstab des Handelns nicht die Gesetzestreue, sondern der Wille der Parteien. Dieser verbietet die Abänderlichkeit des einmal begründeten Rechts gegen den Willen der Parteien, auch wenn das Gewollte nicht billig ist (267). Im Privatrecht wird also die Gerechtigkeit oft hinter die Rechtssicherheit zurücktreten (268).

Anders im öffentlichen Recht, wo oberster Maßstab die Bindung an das Gesetz ist. Weicht das Handeln der Behörde vom Gesetz ab, so wird es i.d.R. abgeändert werden müssen. Doch sind auch hier in den einzelnen Teilgebieten unterschiedliche Rangfolgen entwickelt worden. So haben im Wirtschaftsrecht andere Werte Vorrang als im Sicherheitsrecht.

Geht man davon aus, daß im Wirtschaftsrecht dem Einzelnen grundsätzlich ein spezifischer Vertrauensschutz innerhalb seiner wirtschaftlichen Sphäre zuerkannt ist, dann wird das öffentliche Interesse nur ausnahmsweise dazu führen, daß ein begünstigender Verwaltungsakt, auf dessen Beständigkeit der Einzelne vertrauen durfte, als nichtig behandelt wird (269). In diesem Fall steht die Rechtssicherheit über der Gerechtigkeit. Ausschlaggebend dafür ist der Vertrauensschutz des Bürgers. Diesen Gesichtspunkt kann man aber nicht heranziehen, wenn es sich um die Auslegung eines Gesetzes handelt. Denn dabei gilt es nicht, das Vertrauen des Bürgers in einmal erworbene Rechte zu schützen, sondern in diesem Falle beschränkt sich der Anspruch der Rechtssicherheit darauf, daß die jeweiligen Rechtsfolgen berechenbar sind (270), daß der Tatbestand bestimmbar ist. Die Bestimmbarkeit ist aber auch dabei kein Wert, der für sich isoliert im Raume steht, sondern die Anforderungen an sie und ihre Möglichkeiten hängen von der Funktion und auch von der Rechtsfolge (271) der je-

(265) auch für das GWB, vgl. Steindorff, Zweckmäßigkeit S. 63; Rittner WuW 69, 69;

(266) vgl. German, Rechtssicherheit S. 56;

(267) Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft S. 72;

(268) so auch German a.a.O. S. 56; Burckhardt a.a.O. S. 74, Anm. 26;

(269) E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. II S. 695;

(270) vgl. auch Steindorff BB 70, 826;

(271) dies betont auch Wiedemann, in Festschrift f. Larenz S. 212;

weiligen Norm ab. Denn die Bestimmbarkeit dient dazu, den Inhalt und Zweck der Norm zu verdeutlichen und sie soll helfen, ihn zu verwirklichen. Daher lassen sich auch die Anforderungen an sie nicht in einer allgemeingültigen präzisen Formel ausdrücken (272). Keinesfalls darf die Anforderung der Rechtssicherheit an die Formulierung des Tatbestandes dazu führen, daß der Zweck des Gesetzes verfälscht oder entleert wird (273).

Der Zweck des § 1 GWB besteht darin, die Freiheit des Wettbewerbs zu gewährleisten. Das beinhaltet nicht nur die Freiheit, Verträge abzuschließen, sondern auch den Schutz der Handlungsfreiheit, die gerade nicht durch solche Verträge zu einem gemeinsamen Zweck eingeschränkt werden soll. Es kann also für die Beurteilung der Rechtsbeständigkeit eines Vertrages nicht entscheidend sein (274), daß der abgeschlossene Vertrag trotz der eingetretenen Marktveränderungen seinen Sinn für die Vertragsparteien und damit seine Rechtfertigung aus dem Parteiwillen nicht verloren hat, sondern daß durch den Vertrag der Wettbewerb eingeschränkt wird. Das Interesse der Parteien an der Beständigkeit ihres Vertrages ist durch die Entscheidung des Gesetzgebers eindeutig hinter den Schutz der Wettbewerbsfreiheit gestellt worden. Andernfalls wäre der generelle Verbotstatbestand des § 1 GWB nicht erforderlich gewesen. Mit dem Argument des Verstoßes gegen die Rechtssicherheit alleine kann demnach die Ablehnung der Folgetheorie nicht begründet werden (275). Dennoch bleibt das Argument insoweit beachtlich, als darin die Anforderung liegt, nach einer anderen Lösung zu suchen, die diesen Ansprüchen besser gerecht wird.

Bei einer Anwendung der Folgetheorie stellen sich aber noch weitere Probleme. So ist z.B. fraglich, wie die kartellrechtliche Beurteilung eines Vertrages auf Veränderungen der Marktverhältnisse und damit der Veränderung der wettbewerblichen Wirkung des Vertrages

(272) Rittner WuW 69, 65;

(273) so auch Markert ZHR 134, 210, Anm. 9;

(274) so aber Merle a.a.O. S. 70;

(275) kritisch auch Generalstaatsanwalt Roemer, Rspr. GH XIII, S. 565; Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung S. 65; differenzierend Rittner WuW 69, 65; Steindorff BB 70, 824, 828;

zu reagieren hat. Soll hier ein juristisches Schaukelspiel (276) zwischen Gültigkeit und Unwirksamkeit stattfinden oder sollen die Veränderungen negiert werden und damit an einem falschen Ergebnis festgehalten werden?

Fraglich bleibt auch, welcher Grad der Verursachung hinsichtlich der Wettbewerbsbeschränkung erforderlich sein soll. Denn da sich die Wirkungen theoretisch unendlich weit verfolgen lassen, erscheint irgendeine örtliche und zeitliche Begrenzung erforderlich (277). Ungeklärt bleibt bei einer Anwendung der Folgetheorie auch, wann überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt und welche Wettbewerbsbeschränkungen unter das Verbot fallen sollen.

Auf all diese Fragen konnten bisher noch keine befriedigenden Antworten gefunden werden, so daß die Folgetheorie mehr Probleme aufwirft, als sie Lösungen anbietet. Die Folgetheorie ist demnach nicht geeignet, eine befriedigende Auslegung des § 1 GWB zu erreichen.

B Die Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB als Auslegungsmaßstab

Angesichts der ungelösten und möglicherweise unlösbaren Probleme, die sich bei einer strikten Anwendung der Folgetheorie und auch der Gegenstandstheorie ergeben, liegt es nahe, eine Auslegung des § 1 GWB vorzunehmen, die sich nicht vorschnell von diesen Theorien in eine bestimmte Bahn lenken läßt, deren Richtung auf ganz bestimmten Wertungen beruht. Durch eine vorzeitige Entscheidung für eine dieser Theorien entsteht leicht die Gefahr, sinnvolle Wege für die Rechtsanwendung und insbesondere für die Rechtsentwicklung zu

(276) so die Worte von Halbey Jur. Analysen 70, 43;

(277) dazu die Vorschläge von Ballerstedt in Festschrift f. Böhm S. 179 ff und Steindorff Europees Kartelrecht 69, 277 ff; kritisch Baur ZHR 134, 132 f;

verbauen (278). Auch hat sich die Rechtsprechung der obersten Gerichte nie völlig eindeutig für eine der angebotenen Theorien entschieden (279), sondern mehr oder weniger aus beiden Theorien solche Gesichtspunkte entnommen und angewendet, die dem Einzelfall am besten gerecht wurden (280). So konnten auch Vertreter beider Theorien bestimmte Urteile jeweils als Bestätigung ihrer Ansicht in Anspruch nehmen. Die Kontroverse über Gegenstandstheorie und Folgetheorie, die schon so alt ist wie das GWB, erscheint daher eher als ein "Scheinproblem", das nicht geeignet ist, die anstehenden Probleme zu lösen, sondern nur sie zu verdunkeln (281). Die Auslegung hat sich wieder mehr auf den Tatbestand des § 1 GWB zu konzentrieren. Der Gesetzgeber hat damit eine beschränkte Generalklausel zur Verfügung gestellt, indem er durch Aufstellen bestimmter Tatbestandsmerkmale eine Begrenzung der in Frage kommenden Lebenssachverhalte getroffen hat. Diese Tatbestandsmerkmale gilt es auszulegen. Dabei hat es sich gezeigt, daß den Tatbestandsmerkmalen Wettbewerbsbeschränkung und Eignung zur Marktbeeinflussung die entscheidende Bedeutung zukommt. Diese beiden Begriffe und ihr Verhältnis zueinander sind daher zuerst zu klären.

I Der Begriff des Wettbewerbs

1. Die Problematik einer Definition

Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale Wettbewerbsbeschränkung und Eignung zur Marktbeeinflussung setzt voraus, daß Klarheit über den Begriff des Wettbewerbs selbst besteht, wie seine Wirkungsweise ist und welchem Zweck er dient.

Obwohl es sich bei diesen Fragen um die Grundprobleme des GWB handelt, besteht darüber keine einheitliche Meinung. Es herrscht nicht

(278) so auch Rittner in Theorie und Praxis der Kooperation S. 164; Hoppmann DB 70, 94; Baur, Mißbrauch ... S. 128; ZHR 134, 125 ff;

(279) dies betonen auch Hefermehl a.a.O. S. 19 f; Hoppmann DB 70, 96 ff;

(280) z.B. WuW/E BGH 767 "Bauindustrie"; neuerdings auch WuW/E BGH 1367 ff;

(281) Hoppmann DB 70, 94, 96;

nur Uneinigkeit darüber, was das Ziel oder das Schutzobjekt des GWB ist, sondern auch darüber, was Wettbewerb ist und wieviel Wettbewerb erforderlich ist, um das gewünschte Ziel zu erreichen. Angesichts der zahlreichen und unterschiedlichen Versuche in der juristischen und in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur, den Wettbewerb zu definieren, kann man nicht einmal von einem herrschenden Wettbewerbsbegriff sprechen. Diese Schwierigkeiten, einen einheitlichen, von allen Seiten akzeptierten Begriff zu finden, sind nicht neu. Schon bei den Beratungen zu dem Gesetz wurde ausdrücklich darauf verzichtet, eine Legaldefinition zu geben mit der Begründung, daß dies unmöglich sei. Diese Ansicht wird auch von wirtschaftswissenschaftlicher Seite geteilt (282) und es wird offen zugegeben, daß eine genaue und umfassende Bestimmung dessen, was Wettbewerb ist, mit dem derzeit vorhandenen Begriffsinstrumentarium nicht möglich sei.

Aber es ist denkbar, daß sich aus Ziel und Zweck des GWB Rückschlüsse für das Verständnis des Begriffs Wettbewerb ziehen lassen. Denn der Wettbewerb wird nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern weil damit bestimmte Ziele verfolgt werden. Daher muß sich der Wettbewerbsbegriff an diesen Zielen orientieren.

Die unterschiedlichen Ansichten, die in der Diskussion über die Ziele des GWB genannt werden, lassen sich mit den Begriffen Institutions- (283), Individualschutz (284), ökonomische (285) - gesellschaftspolitische (286) Funktionen charakterisieren. Der Wettbewerb als Institution soll geschützt werden, weil er als Marktmechanismus die besten ökonomischen Werte erzielt (287). Andererseits wird das GWB als die Magna Charta der Wirtschaftsfreiheit gefeiert, als

(282) z.B. Hoppmann, Grundlagen der Wettbewerbspolitik S. 28 ff; WuW 66, 105; v. Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung, S. 198 ff;

(283) z.B. Ballerstedt JZ 56, 267 ff; Benisch WuW 61, 777; Deppe a.a.O. S. 9;

(284) z.B. Lukes, Kartellvertrag S. 184 ff; 299 ff; Mestmäcker JZ 64, 443; Biedenkopf, Aktuelle Grundsatzfragen S. 14; Säcker, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme ... S. 24;

(285) vgl. Fn. 283

(286) vgl. Fn. 284

(287) amtl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucksache 2. Wahlperiode, Nr. 1158, 21;

wirtschaftliches Gegenstück zur politischen Demokratie, da die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs der Verwirklichung von individuellen Grundrechten diene (288).

Teilweise werden diese unterschiedlichen Ziele in einen scharfen Gegensatz gestellt (289). Demgegenüber setzt sich aber immer mehr die Erkenntnis durch, daß ein Standpunkt des sowohl - als auch angebrachter ist, daß die Verwirklichung privater Freiheitsrechte auch der Erreichung wirtschaftspolitischer Ziele dient (290). Der künstlich gebildete Gegensatz Institutions- - Individualschutz ist daher abzulehnen. Denn keine Institution wird um ihrer selbst willen geschützt. Schutz der Institution Wettbewerb ist nicht möglich ohne den Schutz der individuellen Wettbewerbsfreiheit, denn der Wettbewerb ist nichts anderes als die Summe der wettbewerbslichen Handlungen von Individuen.

Das GWB verfolgt also sowohl gesellschaftspolitische als auch ökonomische Ziele (291). Problematisch ist allerdings das Verhältnis der verschiedenen Zielgruppen zueinander. Bei der Anwendung einzelner Normen können Zielkonflikte entstehen, deren Lösung eine Wertung der angesprochenen Funktionen erfordert (292). Für den ersten Abschnitt des GWB kann diese Frage verhältnismäßig einfach beantwortet werden. Durch die Gliederung in eine generelle Verbotsnorm, die keine Berücksichtigung ökonomischer Nützlichkeiten kennt (293), und in zahlreiche Ausnahmetatbestände, die gerade solchen ökonomischen Nützlichkeitsgesichtspunkten Rechnung tragen, hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß darüber hinaus in § 1 GWB ökonomische Ziele bei der Beurteilung keine Rolle spielen sollen. Diese Ansicht hat sich auch weitgehend durchgesetzt. Aus diesem Ergebnis läßt sich zwar unmittelbar keine Definition des Wettbewerbs ableiten, doch wird aus dieser Konstruktion deutlich, welchen großen Wert der Gesetzgeber auf die individuelle Wettbewerbsfreiheit legt, so daß er sie durch die grundsätzliche Unwirksamkeitsanordnung grundlegend schützt, auch vor der Aufhebung durch sich selbst.

(288) Günther BB 57, 721 ff; MA 59, 276; Mestmäcker JZ 64, 443;

(289) Säcker a.a.O. S. 24; Benisch WuW 61, 777;

(290) Steindorff, Zweckmäßigkeit S. 11 f; Plaßmann WuW 70, 784 ff; Schmidt WuW 66, 725;

(291) so auch Baur ZHR 134, 97;

(292) Steindorff a.a.O. S. 59; Säcker BB 67, 683;

(293) vgl. Biedenkopf BB 66, 1118 ff; Müller-Henneberg in GK § 1, 55; Baumbach-Hefermehl § 1, 53;

2. Wettbewerb als dynamischer Prozeß

Wenn man davon ausgeht, daß Wettbewerb der Inbegriff aller wettbewerblichen Handlungen ist, so ergibt sich daraus, daß damit nicht ein statischer Zustand beschrieben wird, für den eine besondere Marktform charakteristisch ist, sondern daß damit ein sich ständig verändernder und fortlaufender Prozeß bezeichnet wird (294).

Die Schwierigkeit besteht nun darin, zu erkennen, welche Handlungen, wann und wo vorgenommen werden müssen, damit der Prozeß Wettbewerb seine Aufgabe erfüllen kann. Diese Frage durch eine positive Definition lösen zu wollen, scheint - jedenfalls bis zum heutigen Zeitpunkt - eine unlösbare Aufgabe zu sein. Besonders eindrucksvoll hat das v. Hayek dargestellt (295), indem er den Wettbewerb als ein Entdeckungsverfahren zur Bildung einer solchen (Markt)Ordnung bezeichnet, die mehr Wissen nutzt als irgendjemand besitzt. Daraus folgt weiter, "daß wir die Leistungen des Wettbewerbs zwar an konstruierten hypothetischen Modellen demonstrieren, aber die Theorie grundsätzlich nie an jenen Fällen nachprüfen können, an denen sie praktisch allein interessant ist. Denn um festzustellen, ob der Wettbewerb in der Wirklichkeit zu einer solchen Nutzung von Kenntnissen geführt hat, die ohne ihn nicht genutzt würden, müßte zumindest der die Theorie nachprüfende Wissenschaftler dieses Wissen schon besitzen, und dann brauchten wir den Wettbewerb nicht mehr, um es zu nutzen" (296). Die Möglichkeit einer praktikablen Definition verneint auch Hoppmann (297), der den Wettbewerb als Such-, Lern- und Informationsprozeß bezeichnet, in dem sich die Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Vorteilhaftigkeit manifestieren und dessen Ergebnis grundsätzlich unbekannt ist.

Diese offenbare Unmöglichkeit einer praktikablen Wettbewerbsdefinition von wirtschaftswissenschaftlicher Seite macht deutlich, daß die bisher gegebenen Definitionen, die auf bestimmten wirtschaftswissenschaftlichen Modellvorstellung und Theorien beruhen, für die Rechtsanwendung nicht ohne weiteres verbindlich sein können. Das

(294) Bkarta TB 67, 3, 17;

(295) Rechtsordnung und Handelsordnung, S. 195 ff, 201 ff;

(296) a.a.O. S. 203;

(297) Grundlagen der Wettbewerbspolitik S. 28 ff; auch Baur, Mißbrauch S. 47 f;

macht den Weg frei, um sich wieder ganz auf den Gesetzestext selbst konzentrieren zu können.

Dieses Erfordernis der kritischen Distanz zu wirtschaftswissenschaftlichen Begriffen hinsichtlich ihrer Übernahme in die Rechtswissenschaft zeigt sich in der jahrelangen Diskussion um die Bedeutung des Modells der vollständigen Konkurrenz der Freiburger Schule für die Gesetzesanwendung. In der amtlichen Begründung (298) heißt es nämlich: "Es darf als sichere wissenschaftliche Erkenntnis angesehen werden, daß die Marktverfassung des freien Wettbewerbs das Vorhandensein der Marktform des vollkommenen Wettbewerbs als wirtschaftliche Gegebenheit zur Voraussetzung hat ... ". Daraus wurde verschiedentlich (299) abgeleitet, der historische Gesetzgeber habe dieses "idealisierte" Modell durch den Erlaß des GWB verwirklichen wollen und das Modell sei die legale Definition des Begriffs Wettbewerb. Heute hat sich weitgehend die Ansicht durchgesetzt, der Gesetzgeber habe trotz dieses - jedenfalls an dieser Stelle - unterschiedenen Bekenntnisses zu der Theorie der vollständigen Konkurrenz damit keine Legaldefinition geben wollen, sondern nur ein Leitbild aufgestellt (300).

Diese Erkenntnis sollte verhindern, nun ein neues wirtschaftswissenschaftliches Modell als allein verbindliche Richtschnur zu betrachten. Denn auch die Theorie vom funktionsfähigen Wettbewerb ist nur ein Modell, das idealisiert und generalisiert und den Lebenssverhalt nur unter einem bestimmten Blickwinkel betrachtet (301). Ein solches Modell kann nur eine relative Richtigkeit besitzen und darf daher vom Juristen nicht unbesehen übernommen werden (302). Selbstverständlich kann die Rechtswissenschaft nicht ohne die Hilfe der Wirtschaftswissenschaft den Bereich "Wirtschaft" erkennen und beurteilen. Die Rechtswissenschaft ist auf die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaft angewiesen, weil sie nicht in der Lage ist, die relevanten Tatsachen zusammenzustellen und ihre Wirkungsweise zu er-

(298) abgedr. in GK (2. Aufl.) S. 63;

(299) vgl. v. Köhler NJW 67, 2190;

(300) vgl. Jäger, Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs, S. 2;

(301) Plaßmann WuW 70, 781; Hintze, Aus der Praxis ... S. 571;

(302) v. Köhler NJW 71, 118 ff; Radbruch nennt die notwendige Transformation eine teleologische Umformulierung;

klären. Auf diesem Gebiet ist die rechtswissenschaftliche Methode nicht geeignet, irgendwelche Ergebnisse hervorzubringen. Ihr bleibt aber vorbehalten, die rechtliche Beurteilung durchzuführen, diese kann ihr die Wirtschaftswissenschaft nicht abnehmen (303).

Wie gefährlich eine zu rasche Übernahme einer neuen wirtschaftswissenschaftlichen Theorie als wettbewerbspolitisches Leitbild sein kann, zeigt die amtliche Propagierung der Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs (304). Deren Wert als statische Momentaufnahme soll nicht bestritten werden, doch führt ihre Verwirklichung im dynamischen Wettbewerbsprozeß zu unerwünschten, dem eigentlichen Ziel des GWB geradezu konträren Ergebnissen, nämlich einer weitgehenden Vermachtung der Märkte (305). Darauf hat auch Plaßmann (306) hingewiesen: "Die strenge Orientierung an wettbewerbspolitischen Leitbildern führt also, jedenfalls solange die Leitbilder noch so bruchstückhaft wie zur Zeit sind, weniger zur Förderung des Wettbewerbs als vielmehr zur Förderung der Wettbewerbsbeschränkungen". Genauso wenig wie das GWB kein (tauglicher) Versuch war, das Modell der vollständigen Konkurrenz zu verwirklichen (307), so ist es auch nicht geeignet, das Modell des funktionsfähigen Wettbewerbs zu realisieren.

Für unsere Betrachtung mag es genügen, wenn wir den Wettbewerb als einen dynamischen Prozeß verstehen, wie ihn Hoppmann (308) bezeichnet hat, der aus einem Wechselspiel zwischen Vorstoßen und Nachziehen besteht (309). Dies setzt die Freiheit des Einzelnen im Einsatz seiner Aktionsparameter voraus, denn nur dann kann der Wettbewerb seine Austausch- und Ordnungsfunktion erfüllen. Diese Freiheit gilt es zu gewährleisten. Gegenüber den üblichen juristischen Definitionen hat das den Vorteil, daß für eine Begriffsbestimmung nicht auf eine bestimmte Marktstruktur abgestellt werden muß. Diese muß nicht als vorgegebenes Marktdatum angesehen werden und deshalb

(303) Sandrock a.a.O. S. 69; Plaßmann JZ 68, 81;

(304) vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum TB 67 des Bkarta und Kartte, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik;

(305) Säcker BB 67, 683 ff;

(306) WuW 70, 779 ff, 782;

(307) Steindorff, Zweckmäßigkeit, S. 13;

(308) Wettbewerb als Aufgabe, S. 85 ff; in Grundlagen der Wettbewerbspolitik, S. 9 ff; WuW 66, 106; DB 70, 94;

(309) so auch die BRegierung, Stellungnahme zum TB 67;

bei der Beurteilung der Wettbewerbshandlung außer Betracht bleiben. Vielmehr kann so berücksichtigt werden, daß die wettbewerblichen Handlungen selbst die jeweilige Marktstruktur mit einkalkulieren und sich nach ihr ausrichten. Damit wird die Gefahr einer statischen Betrachtungsweise umgangen, die die Marktveränderungen nicht berücksichtigen kann.

II Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeeinflussung

1. Der Schutzbereich des § 1 GWB

Da die Erklärung des Wettbewerbs als eines dynamischen Prozesses den Wettbewerb inhaltlich nicht definiert, sondern ihr Schwergewicht auf die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit legt, entspricht sie auch am besten dem gesetzestechnischen Vorgehen des GWB, nämlich durch die Tatbestandsmerkmale der einzelnen Vorschriften diejenigen Verhaltensweisen näher zu kennzeichnen, die den Wettbewerb beschränken und daher untersagt werden müssen.

Um den Schutzbereich des § 1 GWB feststellen zu können, bedarf es daher einer Auslegung seiner Tatbestandsmerkmale. Von besonderer Bedeutung ist dabei das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerbsbeschränkung". Aus dem vorangestellten Verständnis des Wettbewerbs folgt nun, daß immer dann eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, wenn die Freiheit zum Einsatz eines Aktionsparameters eingeschränkt wird. Hierbei zu unterscheiden nach einer Wettbewerbsbeschränkung eines am Vertrag selbst Beteiligten und einer für § 1 GWB unbeachtlichen Außenwirkung des Vertrages auf Dritte (310), erscheint sachlich nicht gerechtfertigt. Denn der Schutz des Wettbewerbs kann nur erreicht werden, wenn die Freiheit aller tatsächlichen oder auch nur potentiellen (311) Wettbewerber geschützt wird. Andernfalls würde sich § 1 GWB auf den Schutz der Vertragsbeteiligten beschränken und damit gerade den Personen Schutz gewähren, die sich freiwillig ihrer

(310) so aber Müller-Henneberg in GK § 1, 61; Frankfurter Komm. § 1, 35; Baumbach-Hefermehl § 1, 34;

(311) vgl. BGH WuW/E 519 "Filmtheater";

Freiheit begeben wollen. Während gerade die besonders schutzbedürftigen Dritten von diesem Schutz ausgeschlossen wären, obwohl durch die Beschränkung Dritter der Wettbewerb genauso beeinträchtigt werden kann wie durch eine Beschränkung der Vertragsparteien (312).

Daher ist eine Einschränkung des Schutzbereichs des § 1 GWB auf die Freiheit der am Vertrag Beteiligten abzulehnen.

2. Konkrete Betrachtungsweise

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen aber nicht alle Wettbewerbsbeschränkungen verboten werden, sondern nur solche, die auf den Markt gerichtet sind, die also die Marktverhältnisse beeinflussen.

Da schon der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung ein auf den Markt gerichtetes Handeln impliziert, muß ein Teil der Lehre diesem Merkmal der Marktbeeinflussung keine selbständige Bedeutung zu (313), zumal es nach der Regierungsbegründung nur ein abstraktes Abgrenzungskriterium gegenüber Leistungen auf Grund hoheitlicher Bestimmungen darstellen sollte (314). Eine andere Auffassung erschließt die Bedeutung des Merkmals Marktbeeinflussung aus seinem Verhältnis zu dem Merkmal Wettbewerbsbeschränkung. Letzteres enthält danach schon die abstrakte Eignung zur Marktbeeinflussung. Da dies aber noch nicht genügt, muß außerdem noch geprüft werden, ob die Vereinbarung in ihrer konkreten Gestalt auch im Einzelfall zur Marktbeeinflussung geeignet ist (315). Diese konkrete Betrachtungsweise erfordert eine genaue empirische Marktprüfung, die unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände, wie z.B. Marktstellung der Beteiligten (316), Marktform (317) usw., die Auswirkungen der Vereinbarung im Einzelfall untersucht.

Eine solche Marktprüfung muß zwei Aufgaben erfüllen (318). Einmal muß sie die tatsächlichen Marktverhältnisse, wie sie sich bei Be-

(312) Hoppmann DB 70, 94 ff; Günther MA 57, 36 ff; Ewald WuW 56, 256; Gabriel MA 60, 248 ff;

(313) vgl. Benkendorff WRP 62, 150;

(314) zitiert im GK (1. Aufl.) S. 1075;

(315) z.B. Müller-Henneberg in GK § 1, 100; Müller-Gries-Giessler § 1, 91;

(316) Ballerstedt in Festschrift f. Böhm S. 193;

(317) Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 32;

(318) dazu ausführlich Steindorff, Zweckmäßigkeit, S. 26 ff;

stehen der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung ergeben, feststellen und zum anderen muß in einer hypothetischen Prüfung untersucht werden, wie sich die Marktverhältnisse ohne diese Vereinbarung, aber bei sonst gleichen Bedingungen, entwickelt hätten. Durch einen Vergleich der beiden gefundenen Ergebnisse ist dann zu erkennen, inwieweit die Vereinbarung Ursache für bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen ist.

So klar und einfach dieser Prüfungsvorgang theoretisch zu sein scheint, so schwierig ist es in der Praxis, eine solche hypothetische Marktprüfung durchzuführen (319). Schon die exakte Feststellung der tatsächlichen Marktverhältnisse stößt auf größte Schwierigkeiten. Der Jurist - als Verwaltungsbeamter oder als Richter - ist hierbei auf die Hilfe der Nationalökonomie angewiesen. Denn nur mit Hilfe der von ihr aufgestellten Erfahrungssätze und Theorien kann er die relevanten Tatsachen erkennen und in ihrer gegenseitigen Bedingtheit beurteilen.

Das wirtschaftswissenschaftliche Modell reicht aber für eine Prüfung im Einzelfall nicht aus (320), denn im Gegensatz zu dem Modell, das die Wirklichkeit idealisiert und von ihr abstrahiert, muß der Prüfer alle den Wirtschaftsverlauf determinierenden Faktoren berücksichtigen. Das überfordert aber bei weitem seine Fähigkeiten. Darüber hinaus sind bei einer solchen Prüfung nicht nur die momentanen Verhältnisse zu beurteilen, sondern es müssen auch die zukünftigen Entwicklungen berücksichtigt werden (321). Das heißt also, der Prüfer muß voraussagen können, welche Marktergebnisse zu erwarten sind, wenn sich die Beteiligten entsprechend der Vereinbarung verhalten. Der Prüfer muß also gerade das tun, was nach v. Hayek (322) unmöglich ist, nämlich mehr Wissen nutzen als irgendjemand besitzt. Er müßte nicht nur das gesamte objektive Wissen aller Beteiligten haben, sondern auch exakt die subjektive Haltung der Wettbewerber beurteilen können, d.h. genau die Entscheidungen vorhersagen können, die der einzelne Wettbewerber bei der ihm möglichen Auswahl treffen würde.

(319) vgl. auch die Bedenken von Baur, Mißbrauch, S. 48 gegen das "als ob" Konzept;

(320) Plaßmann WuW 70, 781; Steindorff, Zweckmäßigkeit, S. 58;

(321) z.B. der Einfluß der konjunkturellen Entwicklung, so Bkarta TB 67,10;

(322) a.a.O. S. 203;

Diese Schwierigkeiten berücksichtigt auch der BGH, indem er keine allzu hohen Anforderungen an die Exaktheit bei der Feststellung künftiger Entwicklungen stellt und es genügen läßt, wenn der Tatrichter dies durch Abschätzung mittels allgemeiner wirtschaftlicher und psychologischer Erwägungen erreicht (323). Dieser sehr allgemein klingende Satz wird dann dadurch näher präzisiert, daß Rechtsprechung und Lehre eine Reihe von Kriterien herausgearbeitet haben, die bei der Beurteilung der Marktbeeinflussung zu berücksichtigen sind. Insbesondere werden neben dem Inhalt der Vereinbarung als Kriterium genannt: der relevante Markt (324), die Marktform (325), die Marktstellung der Beteiligten (326), die Intensität des Wettbewerbs (327). Die Untersuchung eines oder mehrerer dieser Kriterien soll für einen Nachweis genügen, ob die Vereinbarung zur Marktbeeinflussung geeignet ist. Man verzichtet also auf eine konkrete, ins Detail gehende Marktprüfung und begnügt sich mit einer "abstrakten" Prüfung (328).

Dem Ziel, zeitraubende und umständliche Feststellungen über den tatsächlichen Umfang des Markteinflusses zu ersparen, dient auch die Formulierung des BGH, der sich das Bkarta angeschlossen hat, daß es sich um eine "spürbare" Beeinflussung handeln müsse (329). Das bedeutet einerseits eine Klarstellung, daß eine bloß theoretisch vorstellbare Eignung nicht genügt, zum anderen wird dadurch eine Festlegung auf einen berechenbaren quantitativen Umfang vermieden (330). Ganz klar kommt bei dieser Formulierung allerdings nicht zum Ausdruck, ob der BGH damit auf jegliches quantitative Element verzichten will, da er andererseits davon spricht, daß keine Eignung vorliege, wenn der Gegenseite ein Ausweichen auf gleichgeartete Waren ohne Schwierigkeiten zuzumuten sei (331). Vielleicht wollte sich der BGH auch bewußt nicht endgültig festlegen, denn von zahlreichen Autoren wird dieses Merkmal gerade als quantitative und

(323) vgl. WuW/E BGH 770; auch Wolff BB 66, 922 f;

(324) Benisch WuW 60, 846;

(325) Biedenkopf a.a.O. S. 32; WuW/E Bkarta 1293 ff;

(326) Ballerstedt a.a.O. S. 193; Müller-Henneberg in GK § 1, 100; WuW/E BGH 611;

(327) BGH Z 36, 110;

(328) z.B. Bkarta BB 69, 1501 ff;

(329) BGH Z 37, 200; WuW/E BGH 611, 730; WuW/E Bkarta 940;

(330) WuW/E BGH 730; WuW/E Bkarta 940; vgl. auch Langen § 1, 35;

(331) WuW/E BGH 730 f;

qualitative Begrenzung verstanden (332). Diese Ansicht ist aber berechtigterweise auf zahlreichen Widerspruch gestoßen (333). Sie ist abzulehnen, weil sie sich nicht in die Systematik des GWB einordnen läßt, die Auslegungsschwierigkeiten noch vergrößert und die Gefahr einer Aushöhlung des Verbotsprinzips mitsichbringt (334).

Aber auch auf diesem Wege lassen sich die Probleme der konkreten Betrachtungsweise nicht endgültig beheben. Denn die aufgestellten Kriterien, die eine gewisse Erleichterung bringen sollen, sind selbst wieder komplexe Begriffe, die der Auslegung und des Rückgriffs auf wirtschaftswissenschaftliche Erfahrungssätze bedürfen. Am Beispiel der Marktstellung und der Intensität des Wettbewerbs soll das verdeutlicht werden.

Der Begriff Marktstellung kann einmal rein deskriptiv verwendet werden, um den Standort eines Unternehmens im Markt wertneutral zu beschreiben, z.B. hinsichtlich seiner funktionalen Stellung. Dies ist insofern von Bedeutung als damit derjenige Teilmarkt näher bezeichnet wird, auf den sich der Einfluß der Vereinbarung beziehen soll. Mit diesem Begriff wird aber auch die Marktmacht des Unternehmens angesprochen, von deren Umfang die Eignung zur Beeinflussung abhängen kann. Marktmacht kann man umschreiben als die Fähigkeit, anderen Marktteilnehmern Bedingungen gegen ihren Willen aufzuzwingen. Maximale Marktmacht liegt dann vor, wenn es einem Unternehmen gelingt, seinen Marktpartnern solche Bedingungen aufzuzwingen, die sie aus dem Markt scheiden lassen (335). Viel ist mit dieser Umschreibung noch nicht gewonnen, vor allem gibt sie keinen genauen Maßstab für die Prüfung, wieviel und in welcher Richtung ein Unternehmen Marktmacht besitzt. Sicher kann ein Indiz für Marktmacht der prozentuale Anteil am Gesamtumsatz der Branche sein, es ist aber keineswegs das einzige Merkmal, es muß nicht einmal das entscheidende sein.

Auch hier stößt die Auslegung wieder auf das Problem, ein Potential

(332) Müller-Henneberg in GK. § 1, 103;

(333) Baumbach-Hefermehl § 1, 52; Ballerstedt a.a.O. S. 187 ff; Benkendorff WRP 62, 147; Sacker BB 67, 681; Baur ZHR 134, 128 ff; Kartte BfGenw 70, 22;

(334) vgl. Ballerstedt a.a.O. S. 187 ff; Baur ZHR 134, 128 ff;

(335) vgl. Deppe a.a.O. S. 26;

definieren zu müssen, dessen Nutzung erst in der Zukunft liegen kann. Daher wird auch hier kaum mehr als eine grobe Schätzung möglich sein. Weiterhin erhebt sich die Frage, welcher Markt für die Beurteilung der Marktstellung entscheidend sein soll. Muß z.B. berücksichtigt werden, daß ein Nachfrager auf einem funktional anderen Markt mit den selben Waren als Anbieter auftritt (336). Welche Bedeutung hat das Begriffspaar originäre Marktmacht - Gegenmacht. Inwieweit ist dabei auch die zukünftige Marktentwicklung zu berücksichtigen (337). Lauter Fragen, deren Beantwortung je nach Interessenlage unterschiedlich ausfallen wird.

Hinsichtlich des Kriteriums Intensität des Wettbewerbs gilt es zu klären, welcher Wettbewerb gemeint ist. Der Gesamtwettbewerb in der Bundesrepublik? Der Wettbewerb auf dem relevanten Markt? Der Wettbewerb auf einer bestimmten Marktstufe, z.B. nur der Händlerwettbewerb? Wenn nur ein solch begrenzter Wettbewerb gemeint ist, muß dann nicht die Wettbewerbsintensität auf der nächsten Wirtschaftsstufe mitberücksichtigt werden? Man denke hierbei an die preisgebundenen Markenartikel, bei denen die Händler selbst keinen Preiswettbewerb treiben, möglicherweise aber zwischen den Herstellern ein scharfer Wettbewerb besteht. Soll entscheidend sein der horizontale Wettbewerb, also die Konkurrenzsituation des einzelnen Unternehmens zu den auf der selben Marktstufe stehenden Unternehmen, oder der vertikale Wettbewerb, die Konkurrenzsituation zwischen vertikal gegliederten Unternehmensgruppen, der sog. Gruppenwettbewerb, wie er vor allem auf dem Lebensmittelmarkt anzutreffen ist und der sich vor allem in einer Verstärkung der Nachfragekonzentration ausdrückt (338).

Unklar ist auch, woran die Intensität des Wettbewerbs zu erkennen und zu messen ist. Als Maßstäbe kommen in Betracht die Innovationsgeschwindigkeit, die Entwicklung des Preises, die Zahl der auscheidenden Unternehmen oder der Konzentrationsbildungen. Aber auch diese Merkmale sind wiederum viel zu unbestimmt, als daß sie ein ge-

(336) für eine getrennte Beurteilung z.B. Benisch WuW 60, 845;
a.A. Kathrein Nachfrage im Wettbewerb S. 27 ff;

(337) bejahend z.B. Eli a.a.O. S. 148;

(338) vgl. Eli a.a.O. S. 47 ff; 135 ff; Ehrlinger a.a.O. S. 137 ff;
Marzen a.a.O. S. 114;

naues und von allen anerkanntes Urteil ermöglichen (339). Zusammenfassend kann gesagt werden, daß der Versuch einer konkreten Betrachtungsweise mit einer sorgfältigen Berücksichtigung und Abwägung (340) aller relevanter Marktfaktoren daran scheitert, daß sich die Kriterien und Indizien, auf die sich eine solche Beurteilung stützt, nicht eindeutig und damit nicht praktikabel definieren lassen. Diese Marktfaktoren unterliegen einer ständigen Änderung, die nicht immer vorauszusehen ist und daher kein beständiges, den Erfordernissen der Rechtssicherheit entsprechendes Urteil erlauben (341).

3. Generalisierendes Eignungsurteil

Da die Anwendung der konkreten Betrachtungsweise so viele kaum lösbare Probleme aufwirft, soll untersucht werden, ob nicht ein anderes Verständnis des Tatbestandsmerkmals "Eignung" zu einem besseren Ergebnis führt.

Um zu einem sowohl dem Prinzip der Rechtssicherheit als auch dem der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit in gleicher Weise gerecht werdenden Ergebnis zu kommen, ist es erforderlich, den tatbestandlichen Dualismus abstrakte - konkrete Eignung, zivilrechtlicher Grundtatbestand - ökonomische Eignungsklausel aufzulösen und den § 1 GWB als einen einheitlichen, komplexen Tatbestand zu begreifen (342). Das Tatbestandsmerkmal Eignung bedeutet dabei nicht das Erfordernis einer konkreten Marktpfung, sondern es gibt die Basis ab für ein von den Zufälligkeiten und Besonderheiten des Einzelfalls abgelöstes, generalisierendes und typisierendes Urteil (343). Mit dieser Auslegung wird es ermöglicht, sowohl den Ansprüchen der Rechtssicherheit zu genügen als auch den Zielen der Wettbewerbspolitik zu dienen.

An der theoretischen Zulässigkeit einer solchen typisierenden Aus-

(339) vgl. die unterschiedliche Beurteilung der Wettbewerbsintensität durch Eli, Ehrlinger und Marzen gegenüber Woll, oben S. 8;

(340) so der BGH WuW/E 730;

(341) ebenso Belke, Die Geschäftsverweigerung, S. 31;

(342) so Rittner in Theorie und Praxis der Kooperation S. 161 ff; Baur ZHR 134, 128 ff; Mißbrauch, S. 128 ff; Halbey Jur. Analysen 70, 42 ff;

(343) Steindorff, Zweckmäßigkeit, S. 49 spricht von einem Wahrscheinlichkeitsurteil;

legung kann kein Zweifel bestehen. Zum einen ist der Begriff des Typus ein wichtiges Mittel in der Rechtswissenschaft zur Erfassung und Darstellung von Rechtsverhältnissen, insbesondere von Vertragsverhältnissen (344). Zum anderen sind typisierende Beurteilungen von komplexen Lebenssachverhalten im Bürgerlichen Recht und im Verwaltungsrecht kein Novum (345). Eine solche Auslegung dient auch der Gerechtigkeit, die nämlich nur gewährleistet wird, wenn das Recht gleichförmig gehandhabt wird (346). Wie weit allerdings diese Auslegungsart generell gehen darf, darüber scheinen Zweifel zu bestehen (347). Solche Bedenken können aber einer generalisierenden Auslegung des § 1 GWB nicht entgegenstehen. Denn hier hat der Gesetzgeber selbst durch die Fassung der §§ 2 - 8 GWB hinreichende Anhaltspunkte gegeben.

Man könnte weiter daran denken, den Vertragsinhalt nach seinem Zweck (348) oder seiner Funktion (349) zu ordnen. Dies weckt aber insofern Bedenken, als nicht ganz ersichtlich ist, ob damit nicht im Grunde das selbe gemeint ist wie mit jener Forderung, wonach der Vertrag i.S.d. § 1 GWB auf einen spezifisch kartellrechtlichen Zweck ausgerichtet sein muß. So spricht Rittner (350) davon, daß der Tatbestand des § 1 GWB Vereinbarungen umschreibe, "die eine Regelung des Wettbewerbs zum Gegenstand haben" oder er spricht von der "spezifisch kartellrechtlichen Funktion" der Verträge oder Beschlüsse, Marktverhältnisse zu regeln. Folgerichtig fallen daher auch Vertriebsgenossenschaften nicht unter § 1 GWB, weil sie "funktional" gesehen Absatzinstrumente der Genossen sind und nicht Regelungen des Wettbewerbs.

Letztlich wird damit nicht auf die typischen Wirkungen einer Vereinbarung abgestellt, sondern auf willentliche Momente wie die Absicht der Beteiligten. Dies aber sollte gerade vermieden werden. Zu berücksichtigen sind nur die objektiven Auswirkungen auf den Wettbe-

(344) Larenz a.a.O. S. 427 f;

(345) vgl. Isensee BayVB1. 73, 658, wonach die typisierende Betrachtungsweise ihre Wurzeln im Bereich des Verwaltungsrechts mit seinen Praktikabilitätsanforderungen hat;

(346) Ralsch JZ 65, 625; Steindorff a.a.O. S. 63;

(347) Ralsch JZ 65, 629; gegen ihn Vogel, Kooperation und Kartell, S. 74 f;

(348) Fikentscher WuW 60, 681 ff;

(349) Rittner a.a.O. S. 162 ff;

(350) a.a.O. S. 162 ff, 172;

werb, wie sie typischerweise auftreten. Ein Indiz dafür, daß solche Wirkungen auftreten werden, wird die objektive Ausrichtung der Vereinbarung auf das Marktgeschehen sein, die Marktnähe der Vereinbarung.

C Der Begriff des Syndikats

Der Gesetzgeber selbst hat durch die Fassung der §§ 2 - 8 GWB wichtige Hinweise für die typisierende Beurteilung gegeben. In diesen Ausnahmeregelungen sind schon viele und besonders wichtige Typen eingehend geregelt.

In § 5 III GWB ist die Erlaubnis für die Bildung einer gemeinsamen Beschaffungs- oder Vertriebsseinrichtung vorgesehen. Der Gesetzgeber hat also generell den Typus "gemeinsame Beschaffungs- oder Vertriebsseinrichtung" als Kartell beurteilt, das nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 5 III GWB erlaubt werden kann. Was folgt daraus nun für die Einkaufsgenossenschaften, die ebenfalls eine Form der gemeinsamen Beschaffungseinrichtung darstellen?

Auszugehen ist von dem Tatbestand, den der Gesetzgeber in § 5 III GWB als typische Beschaffungs- und Vertriebsseinrichtung festgelegt hat. Die in Klammern beigefügte Definition "Syndikat" kann bedeuten, daß jede gemeinsame Beschaffungs- oder Vertriebsseinrichtung ein solches Syndikat sein soll. Dann hätten wir den Fall einer überflüssigen Doppelbezeichnung. Richtiger scheint daher die Ansicht zu sein, der Gesetzgeber habe mit dem Begriff Syndikat ausdrücken wollen, daß nur eine besondere, schwere Form der gemeinsamen Einrichtung nach § 5 III GWB erlaubnispflichtig sein soll. So wird denn auch meistens mit dem Begriff Syndikat die intensivste Form der Kartellierung bezeichnet, die nur ein Unterfall der gemeinsamen Beschaffungs- und Vertriebsseinrichtung sei und deren Besonderheit in der Verpflichtung der Mitglieder zur Lieferung bzw. Abnahme

liege (351). Daraus scheint zu folgen, daß die ausdrückliche vertragliche Verpflichtung zur Lieferung bzw. zur Abnahme als das entscheidende Merkmal des Syndikats angesehen wird. Demnach wären die Genossenschaften schon aus diesem Grunde kein Syndikat. Dann hätte aber auch Baur (352) mit seiner Kritik recht, daß für diese Einschränkung ein vernünftiger Grund fehlt.

Eine genauere Überprüfung der oben angeführten Behauptung ergibt aber, daß nicht generell die rechtliche Verpflichtung als einziges Merkmal genannt wird, sondern nur als das häufigste (353). Nach einer Definition des Bundeskartellamtes (354) ist das Syndikat gekennzeichnet durch gemeinsame Preisfestsetzung, Quotierung, Gebietsabgrenzung, Auftragsverteilung nach Plan oder im Einzelfall, Aufteilung von Gewinn und Verlust, Ausgleichszahlungen bei Über- und Unterschreitungen der Kontingentsziffern. Die genannten Merkmale brauchen nicht nebeneinander vorzuliegen, das Vorhandensein eines von ihnen soll genügen, um den Begriff des Syndikats zu erfüllen. Demnach ist nicht die Begründung einer vertraglichen Pflicht, sondern die Intensität der Bindung als entscheidend anzusehen. Ein Syndikat schränkt die Selbständigkeit eines Unternehmens so ein, daß ihm praktisch nur noch die Durchführung des inneren Werkbetriebes übrigbleibt und er zu einem Lohnwerker des Kartells wird (355).

In § 5 III GWB wird die Beschränkung des Einsatzes mehrerer Wettbewerbsparameter wegen eines wirtschaftlichen Erfolges zugelassen, nämlich der Steigerung der Leistungsfähigkeit oder der Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen und der besseren Befriedigung des Bedarfs. Das wird deutlich aus dem Begriff des Syndikats, denn damit wird nicht auf einen bestimmten Wettbewerbsparameter abgestellt, sondern damit wird eine besondere Form der organisierten Zusammenarbeit von Unternehmen bezeichnet, zu deren Durchführung i.d.R. eine Vielzahl von Wettbewerbsbeschränkungen eingesetzt wird (356). Als typisches Kennzeichen wird dabei die gemeinsame Preisfestsetzung angesehen (357). Nach dem Wortlaut des Gesetzes könnte

(351) z.B. Schwieder in GK (1. Aufl.) § 5, 26; Bkarta WuW/E 800;

(352) ZHR 134, 137 f;

(353) z.B. Deringer in GK (2. Aufl.) § 5, 99;

(354) WuW/E Bkarta 851;

(355) WuW/E Bkarta 851;

(356) WuW/E Bkarta 846 ff, 851;

(357) z.B. Frankfurter Kommentar § 5, 127; Deringer in GK (2. Aufl.) § 5, 101;

man zwar die Ansicht vertreten, daß der Gesetzgeber in diesem Falle von einer gewissen Gegensätzlichkeit ausgegangen ist und für einen Vertrag dann die Erlaubnis erteilen wollte, wenn er entweder nur mit einer Preisabsprache oder nur mit einem Syndikat verbunden ist, so daß ein Syndikat, das auch eine Preisabsprache enthält, nicht erlaubt werden könne oder zumindest eine strengere Prüfung verdiene (358). Da aber davon auszugehen ist, daß der Gesetzgeber mit der Verwendung des Begriffs Syndikat einen Hinweis auf das allgemeine Rechtsverständnis geben und es sich zu eigen machen wollte, kann man das alternative Nebeneinanderstellen nicht als Ausdruck eines Gegensatzes auslegen. Richtiger ist es, diese beiden Formen der Rationalisierung in einem Verhältnis des mehr und des weniger zu sehen, wobei die Zahl und die Bedeutung der vorhandenen Wettbewerbsbeschränkungen nur im Rahmen des Satzes 2 des § 5 III GWB für das angemessene Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung eine Rolle spielt.

Der Gesetzgeber hat den völligen Ausschluß des Wettbewerbs zwischen den beteiligten Unternehmen zugelassen, weil dadurch deren Wettbewerbsfähigkeit insgesamt gesteigert wird und dies im Interesse der Allgemeinheit ist. Die Überwachung dieser Kartellform erfolgt durch eine Reihe von zusätzlichen Erfordernissen in den Absätzen 2 und 3 des § 5 GWB. Da sowohl die Voraussetzungen des Absatzes 2 als auch des Absatzes 3 vorliegen müssen (359), ist gewährleistet, daß diese gefährliche Kartellform nicht zu anderen Zwecken mißbraucht werden kann.

Als wichtige Erkenntnis für die Untersuchung ergibt sich, daß der Gesetzgeber mit dem Rückgriff auf den Typus "Syndikat" die Systematik des GWB, die Trennung zwischen horizontaler Kollektivvereinbarung und vertikalem Austauschvertrag, selbst durchbrochen hat. Denn die enge Zusammenarbeit im Syndikat bringt sowohl horizontale als auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen mit sich. Dennoch ist, infolge der engen rechtlichen und wirtschaftlichen Verbindung aller im Syndikatsverhältnis getätigten Vereinbarungen, die durch die Identität von Syndikatsgesellschafter und Kunde bzw. Lieferant be-

(358) so Langen § 5, 45 ff;

(359) Deringer in GK § 5, 90; Frankfurter Komm. § 5, 112; Baumbach-Hefermehl § 5, 24;

dingt ist, nur eine einheitliche Beurteilung möglich (360).

Im Falle des § 5 III GWB geht es darum, die mit einem komplexen Tatbestand verbundene Wettbewerbsbeschränkung in ein Verhältnis zum Rationalisierungserfolg zu setzen. Das erfordert, daß alle Komponenten berücksichtigt werden. Bei einer Überprüfung müssen daher alle tatsächlichen Vereinbarungen und Maßnahmen mit einbezogen werden, ob sie nun nach formalen Kriterien als vertikal oder als horizontal zu bezeichnen sind. Nur auf diesem Wege ist es möglich, eine Umgehung unter geschickter Ausnutzung formaler Unterschiede zu verhindern.

Daraus folgt weiterhin, daß der Tatbestand eines Syndikats auch dann anzunehmen ist, wenn sich die Verpflichtung zum gemeinsamen Bezug oder Verkauf nicht schon aus dem horizontalen Gesellschaftsvertrag ergibt, sondern erst aus der Gesamtheit aller rechtlichen, wirtschaftlichen und organisatorischen Komponenten.

Diese Auffassung ermöglicht es auch der Kartellbehörde, sich bei der Prüfung darauf zu beschränken, das Ausmaß der tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung festzustellen, ohne im Einzelnen untersuchen zu müssen, auf welche Vereinbarung die wettbewerbsbeschränkende Wirkung nun genau zurückzuführen ist. Daß sich die wettbewerbsbeschränkende Wirkung in einem solchen Falle gar nicht auf eine einzelne konkrete Vereinbarung zurückführen läßt, zeigen die Untersuchungen zu der Frage, ob die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ein Kartellvertrag ist oder nicht. Häufig wird dabei die Gründung sogar als besonders geeignet angesehen (361), um ein Kartell in seiner stärksten Ausformung als Syndikat zu bilden, auch wenn in dem Gründungsvertrag keine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung enthalten ist. Zur Begründung der dennoch typischen wettbewerbsbeschränkenden Wirkung wird oft der Begriff "Gruppeneffekt" herangezogen (362). Kennzeichen dieses Gruppeneffektes ist einmal der all-

-
- (360) so auch Fremerey, Die kartellrechtliche Bedeutung gemeinsamer Tochtergesellschaften ... S. 49 ff; für eine einheitliche Beurteilung des Horizontalvertrages und der Vertikalverträge wegen ihres funktionalen Zusammenhangs hat sich neuerdings auch der BGH in seinem Beschluß v. 19.6.75 (WuW/E 1367) ausgesprochen;
- (361) Wolff BB 66, 922; Rinck, Konzernrecht, S. 131; Steindorff RMC 68, 198; Fremerey a.a.O. S. 38; ausführlich dazu Baur, Mißbrauch, S. 156 ff;
- (362) Sidmar-Entscheidung der Hohen Behörde, 11. Gesamtbericht 1963, 345 ff; Wolff BB 66, 922; Matthies in Festschrift f. Böhm, S. 334 ff; Baur, Mißbrauch, S. 130 ff;

gemeine Verzicht auf Konkurrenz gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen, weil nur so das in die Gemeinschaftsgründung investierte Kapital eine möglichst hohe Verzinsung bringen kann. Zum anderen führt dieser Wettbewerbsverzicht zu einer weitgehenden Abstimmung der Gründer untereinander über den Einsatz der Wettbewerbsparameter, so daß auch der Wettbewerb zwischen ihnen zum Erliegen kommt.

D Differenzierende Beurteilung der Einkaufsgenossenschaften

In der Einleitung wurde darauf hingewiesen, daß aus wettbewerbspolitischer Sicht den Genossenschaften keine Sonderstellung eingeräumt werden konnte, daß aber angenommen wurde, sie würden i.d.R. nicht unter § 1 GWB fallen, da ihnen eine rechtliche Verpflichtung zum gemeinsamen Einkauf fehle. Es wurde weiterhin gezeigt, daß diese Einschätzung der wettbewerbslichen Lage von einem bestimmten Genossenschaftsbild ausging, das mehr idealistisch als der Wirklichkeit entsprechend war. Die genossenschaftstheoretische Forschung hat sich in der Folgezeit gerade mit der tatsächlichen Entwicklung und vor allem der Funktionsweise in der Genossenschaft beschäftigt und dabei festgestellt, daß im Laufe der Zeit eine starke Veränderung stattgefunden hat.

Diese Veränderungen bedingen auch eine neue Beurteilung aus kartellrechtlicher Sicht. Will man nun untersuchen, ob die veränderte Genossenschaft dem Tatbestand des Syndikats entspricht, so steht man vor der Schwierigkeit, daß die Erfüllung des Tatbestandes von der Intensität der Bindung insgesamt abhängt. Das bedeutet, daß man eine Wertung des gesamten Genossenschaftskomplexes vornehmen muß, um dann abwägen zu können, ob der Tatbestand eines Syndikats schon erfüllt ist oder noch nicht.

Dieser Wertungsvorgang wird erleichtert, wenn man sich die Ergebnisse der genossenschaftstheoretischen Forschung zunutze macht. Hier-

bei kommt insbesondere Dülfer (363) das Verdienst zu, die verschiedenen Entwicklungsstadien einer Einkaufsgenossenschaft typisiert und ihre spezifischen Merkmale beschrieben zu haben. Ihm folgend kann man die Einkaufsgenossenschaften in drei verschiedene Entwicklungstypen einteilen: die traditionelle Genossenschaft, die Marktgenossenschaft und die integrierte Genossenschaft. Unter Zugrundelegung dieser Einteilung soll die kartellrechtliche Relevanz der Einkaufsgenossenschaften untersucht werden.

I - Die traditionelle Genossenschaft

Ursprünglich diente der genossenschaftliche Betrieb als Sammelstelle für die Aufträge der Mitglieder. Der Betrieb ist zwar schon organisatorisch ein eigenes Gebilde, doch hat das bestellte Organ lediglich die Wünsche der Mitglieder zu sammeln und die Leistungen entsprechend zu verteilen. Eigene unternehmerische Entscheidungen bezüglich dieses Vorgangs hat das Organ dagegen nicht zu treffen. Sein Tätigwerden richtet sich allein nach dem gemeldeten Bedarf der Mitglieder, wobei die jeweiligen Bestellgrößen der Mitglieder für das Organ vorgegebene und unbeeinflussbare Faktoren sind. Der Leistungsverkehr mit den Mitgliedern wickelt sich nicht nach jeweils individuell zu vereinbarenden Austauschverträgen ab, sondern vielmehr werden die Warenlieferungen an die Mitglieder nur durch ein innerbetriebliches Verrechnungssystem erfaßt. Die Einrichtung der Warenrückvergütung dient dabei nur dazu, den durch vorsichtige Kalkulation der Verrechnungspreise resultierenden Überschuß über den Aufwand an die Mitglieder zu verteilen.

Durch Übernahme von Großhandelsfunktionen, wie Lagerhaltung, Abfüllmaßnahmen u.ä., gewinnt der genossenschaftliche Betrieb zwar schon echte betriebswirtschaftliche Züge einer Einzelwirtschaft, doch infolge des Fehlens unternehmerischer Tätigkeiten kann der ganze Genossenschaftskomplex nur als Einheit betrachtet werden, als Wirt-

(363) Strukturprobleme der Genossenschaft;

schaftsgebilde höherer Ordnung (364). Dabei kommt dem genossenschaftlichen Betrieb nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Er nimmt die Funktion des Einkaufs nicht selbständig wahr, sondern ihm wird nur die Ausführung der vom Mitglied selbst getroffenen Entscheidung übertragen. Von seiten des genossenschaftlichen Betriebes erfolgt dabei keine Beeinflussung des Anbieter- oder Nachfrageverhaltens der Mitglieder. Diese hinwiederum bedienen sich des genossenschaftlichen Betriebs nur insoweit, als sie sich durch die Sammelbestellung Kostenvorteile versprechen.

Von diesem Entwicklungstyp ging auch der Gesetzgeber bei Schaffung des Genossenschaftsgesetzes aus, woher auch zu erklären ist, daß den Mitgliedern in ihrem geschäftlichen Verhalten keinerlei Bindungen auferlegt wurden. Der genossenschaftliche Betrieb stellt in diesem Stadium ein funktional unselbständiges Gebilde dar, das zwar betriebswirtschaftlich organisiert ist, aber keine eigene unternehmerische Tätigkeit ausübt. Sein Geschäftsgebahren kann als Tätigwerden "gemäß dem Auftrage eines anderen" (365) charakterisiert werden.

In der Regel wird dieser Entwicklungstyp kartellrechtlich unbedenklich sein, da keine - weder rechtliche noch tatsächliche - Beeinflussung des Marktverhaltens der Mitglieder stattfindet. Wird im Einzelfall eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung von den Mitgliedern getroffen, so liegt ein Kartellvertrag vor. Infolge seiner gering ausgeprägten wirtschaftlichen Organisation wird dieser Typ jedoch nur selten von großer wirtschaftlicher Bedeutung sein, so daß eine Freistellung nach § 5 b GWB in Betracht kommen wird.

II Die Marktgenossenschaft

Die nächste Entwicklungsstufe, von Dülfer als Marktgenossenschaft bezeichnet, ist schon dargestellt worden (366). Herausragendes Kennzeichen dieses Typs ist, daß sich der genossenschaftliche Betrieb

(364) Ohm ZfgG 64, 229 ff;

(365) Reinhardt ZfgG 64, 197;

(366) oben S. 16 f;

zu einem vollen Unternehmen entwickelt hat. Er ist im Verhältnis zu seinen Mitgliedern auch unternehmerisch selbständig geworden und unterhält zu ihnen echte Marktbeziehungen. Das genossenschaftliche Unternehmen hat sich funktional verselbständigt. Es ist zwar insoweit gebunden, als es nach § 1 GenG die Mitgliederbetriebe fördern muß, aber über das Wie der Förderung entscheidet es in unternehmerischer Weise selbständig. Die Unternehmensführung trifft eigene Dispositionen und entwickelt selbständig Teilziele, die die Grundlage für die geschäftspolitische Steuerung des Leistungsprozesses abgeben. Die Unternehmung muß auch, um ihre Leistungsfähigkeit zu stärken, das Nichtmitgliedergeschäft aufnehmen, was wiederum zu einer größeren Selbständigkeit der Unternehmensleitung führt. Daraus folgt nunmehr auch die Notwendigkeit von hauptamtlichen Geschäftsführern.

Die Beziehungen zu den Mitgliedern sind also sehr locker und nicht mit syndikatsmäßigen Bindungen zu vergleichen. In diesem Stadium hat das Prinzip der Freiwilligkeit noch eine solche starke Bedeutung, daß i.d.R. keine rechtliche Verpflichtung der Genossen vereinbart wird. Tritt dennoch eine Gleichförmigkeit im Verhalten der Mitglieder auf, so wird dies i.d.R. auf der besseren ökonomischen Leistung der Genossenschaft und dem freien Entschluß jedes einzelnen Mitglieds beruhen, sich des genossenschaftlichen Angebots zu bedienen. Der Wettbewerb i.S. einer Konkurrenz anderer Großhandlungen um den Einzelhändler als Kunden wird dadurch nicht beeinträchtigt. Soweit in diesen Fällen dennoch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen getroffen werden, wird eine Freistellung nach § 5 b GWB nicht immer gegeben sein, da es sich hierbei keineswegs in jedem Fall um unbedeutende Wirtschaftseinheiten handelt (367).

III Die integrierte Genossenschaft

Dieser Entwicklungstyp ist schon ausführlich dargestellt worden (368).

(367) vgl. die Angaben bei Eli a.a.O. S. 107 ff; Pfüller a.a.O. S. 71 ff; Fürstenberg ZfG 63, 146 ff; Kleinen a.a.O. S. 71 ff;
 (368) oben S. 17 ff;

Das besondere Merkmal dieses Typs ist, daß nun der Genossenschaftsbetrieb in Verbindung mit den zentralen Einrichtungen das Übergewicht erlangt hat und das einzelne Mitglied in seinen unternehmerischen Entscheidungen nicht mehr frei ist und die Entscheidungskompetenz zu einem großen Teil auf die Genossenschaft übertragen hat.

Zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern, bzw. den Zentralen und den Genossenschaften bestehen nunmehr so enge Bindungen, wie sie für ein Syndikat kennzeichnend sind. Doch so sehr der Typ der integrierten Genossenschaft einem Syndikat i.S.d. § 5 III GWB gleicht, so sind doch wesentliche Unterschiede festzustellen, die dieses Ergebnis unbefriedigend erscheinen lassen und anzeigen, daß das System des Verbots mit begrenzter Erlaubnismöglichkeit auf die Form der Genossenschaft nicht so recht passen will. Denn nach § 11 I GWB soll eine Erlaubnis für ein Syndikat i.d.R. nur für drei Jahre erteilt werden. Das Problem der zeitlich begrenzten Erlaubnis zeigt sich gerade an den höherstufigen Rationalisierungskartellen. Dabei wird oft argumentiert, daß die Frist von drei Jahren dem damit verbundenen Risiko nicht gerecht werde. Rationalisierung durch Errichtung einer gemeinschaftlichen Einkaufs- oder Verkaufsstelle erfordert oft so große Investitionen, daß demgegenüber der auf drei Jahre begrenzte Gegenwert in Form eines Wettbewerbsvorteils nicht gleichwertig sei (369). Grundsätzlich wird zwar auch für diese Fälle die Ansicht vertreten, daß nur eine einmalige Verlängerung auf weitere drei Jahre möglich sei (370). Doch ist in der Praxis die Erlaubnis auch schon auf zehn Jahre erteilt worden (371). Hat das Bkarta in diesem Fall das Interesse der Allgemeinheit an einer Verlängerung schon dann angenommen, wenn sich die Wettbewerbsverhältnisse am Markt der vertragsgegenständlichen Erzeugnisse nicht grundlegend geändert hatten (372), so hat es später präzisiert (373), daß alleine die Feststellung unveränderter wirtschaftlicher und rechtlicher Verhältnisse nicht genügt. Vielmehr hat es eine genaue Prüfung gefordert,

(369) Dörinkel in GK § 11, 2; Langen § 11, 4; Müller-Gries-Giessler § 11, 2; WuW/E Bkarta 897, 901;

(370) Langen § 11, 5; Baumbach-Hefermehl § 11, 3;

(371) WuW/E Bkarta 846 "Hydromechanik"; WuW/E Bkarta 795 "Teerverwertung";

(372) WuW/E Bkarta 852;

(373) WuW/E Bkarta 1263 "Fernmeldekabel III";

ob die Voraussetzungen des § 5 II, III GWB auch tatsächlich erfüllt seien und welche Nachteile eintreten würden, wenn die Erlaubnis nicht verlängert wird.

In der Praxis wird also eine Verlängerung der Erlaubnis keineswegs infolge einer generellen Präferenz eines Syndikats sofort erteilt, sondern nur auf Grund einer Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall. Doch selbst die Erlaubniserteilung auf zehn Jahre verdrängt nicht den Charakter der Erlaubnis als eines nur vorübergehenden Zugeständnisses, das zu einer Neu- und Umordnung bestimmter wirtschaftlicher Vorgänge erteilt wird, die sich günstig auf die Leistungsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auswirken, aber andernfalls wegen des damit verbundenen Risikos möglicherweise unterbleiben würden. Nach einem bestimmten Zeitraum der Konsolidierung müssen sich die beteiligten Unternehmen wieder voll dem Wettbewerb stellen. Das bedeutet nicht, daß die Rationalisierung selbst wieder rückgängig gemacht werden muß, sondern nur, daß die mit der Rationalisierung verbundene Preisabrede oder die gemeinsame Verkaufs- oder Einkaufseinrichtung aufgehoben wird. Das ist allerdings schwierig, wenn der ganze Rationalisierungserfolg nur in der Einrichtung einer gemeinsamen Beschaffungs- oder Vertriebseinrichtung liegt, was nach dem Wortlaut des § 5 III GWB durchaus möglich ist (374). Doch auch für diese Syndikate muß die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers gelten, der durch die Häufung der Voraussetzungen dafür gesorgt hat, daß solche Syndikate nicht für alle Ewigkeit errichtet werden können. Dies werden auch die sich oft widerstrebenden Interessen der beteiligten Unternehmen bei sich ständig verändernden Marktverhältnissen kaum zulassen. Denn ein Kartell ist ein empfindliches Gebilde, das auf den inneren Frieden angewiesen ist, da es auf einem System des Machtausgleichs und damit des gegenseitigen Verzichts beruht.

Diesem Gedanken des Vorübergehenden ist das Selbstverständnis der Genossenschaften und auch ihr organisatorischer Aufbau diametral entgegengesetzt. Die Genossenschaft ist keine nur kurzfristig geplante Hilfsmaßnahme, um einen bestimmten Rationalisierungserfolg für die Genossen zu erreichen. Sie ist vielmehr für die Genossen

(374) so auch Deringer in GK § 5, 96;

eine lebenswichtige Ergänzung als Ausgleich für ihre funktionelle Wettbewerbsschwäche, ohne die ihre Chance, tatkräftig im Wettbewerb mitzuhalten, verschwindend gering ist.

Der begrenzten Erlaubnis für ein Syndikat liegt der Gedanke zugrunde, daß das beteiligte Unternehmen entweder auch während des Bestehens wirtschaftlich selbständig bleibt oder doch wenigstens die Aufgabe seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit als Lohnwerker des Kartells nur vorübergehend ist und wieder rückgängig gemacht werden kann.

Bei der integrierten Genossenschaft ist das nicht mehr möglich. Der einzelne Genosse hat so viele Funktionen auf die Genossenschaft oder die Zentrale übertragen, daß er nicht mehr in der Lage ist, auf sich alleine gestellt zu existieren. Die Unfähigkeit, sich ohne Schutz und Stärkung durch die Genossenschaft im Markt behaupten zu können, ist zwar kein ausreichender Grund für eine bevorzugte Behandlung eines Kartells. Denn weder gibt es einen Institutionsschutz für Kartelle noch für kleine Betriebe, auch nicht aus dem Gedanken des Mittelstandsschutzes. Doch zeigt die Tatsache, daß mit der Genossenschaft eine neue Unternehmenseinheit entstanden ist, die mit den Genossenbetrieben in enger funktionaler Verknüpfung steht, daß die Vorschriften für Kartelle der Form der integrierten Genossenschaft nicht gerecht werden.

E Die integrierte Genossenschaft als Konzentrationsform

Wenn die Kartellvorschriften der Form der integrierten Genossenschaft nicht gerecht werden, so bleibt noch zu prüfen, ob diese Genossenschaftsform möglicherweise deswegen nicht unter § 1 GWB fällt, weil sie eine Form der Unternehmenskonzentration darstellt.

I Die Merkmale des Konzerns

Auf Vertrag beruhende Unternehmenskonzentrationen werden auch dann nicht von § 1 GWB erfaßt, wenn sie Wettbewerbsbeschränkungen bewirken. Das entspricht der Überwiegenden Meinung in der Literatur (375), der auch die Praxis des Bkarta (376) und die Rechtsprechung (377) folgt. Begründet wird dies damit, daß die Konzentration ein aliud zum Kartell ist (378). Deshalb habe sich das GWB in diesen Fällen mit einer Anzeigepflicht in § 23 GWB begnügt und von einem Verbot oder einer Erlaubnispflicht abgesehen, wenn nicht eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird (§ 24 GWB).

Da die Grenze zwischen Konzentration und Kartell fließend ist, bestehen über die Abgrenzung unterschiedliche Auffassungen. So war es vor dem 2. Gesetz zur Änderung des GWB vom 3.8.1973 insbesondere streitig, ob nur die in § 23 GWB a.F. aufgezählten Formen an dem Freistellungsprivileg teilhatten (379) oder auch Konzentrationsvorgänge i.S.d. § 18 AktG (380). Die Novellierung des Gesetzes gab der zweiten Auffassung recht (§ 23 II, Nr. 3 a GWB) und erweiterte die Aufzählung beträchtlich. Doch auch jetzt ist nicht davon auszugehen, daß damit eine abschließende Regelung getroffen worden ist, sondern daß hier nur eine beispielhafte Aufzählung von solchen Zusammenschlußformen gegeben ist, denen bestimmte Konzentrationsmerkmale eigen sind. Eine Entscheidung, ob eine privilegierte Zusammen-

-
- (375) Harms, Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 123 ff; U. Huber ZHR 131, 193 ff; Fikentscher, Die Interessengemeinschaft, S. 32 ff; Deringer-Hermann BB 66, 1157 ff; Würdinger WuW 61, 741; Hefermehl GRUR 66, 651 ff; Kartte WuW 63, 565 ff; Möhring GRUR 66, 645 ff; Baumbach-Hefermehl § 1, 16; Müller-Henneberg in GK § 1, 14; Frankfurter Komm. § 1, 38;
 - (376) Bkarta TB 66, 13; 68, 45;
 - (377) BGH Z 31, 105 ff;
 - (378) die Übernahme der intra-enterprice doctrine des amerik. Antitrust Rechts wurde überwiegend abgelehnt, vgl. Mulert, Die Wettbewerbsbeschränkung zwischen verbundenen Unternehmen, S. 75 ff;
 - (379) so Möhring GRUR 66, 649;
 - (380) so z.B. Harms a.a.O. S. 193 ff; U. Huber ZHR 131, 193 ff; Steindorff RMC 68, 186 ff;

schlußform vorliegt, kann also nur im Einzelfall erfolgen, wenn feststeht, daß die für einen Konzentrationsvorgang typischen Kriterien erfüllt sind.

Unter den vielen in der Literatur genannten Merkmalen sollen nur die zwei wichtigsten betrachtet und an ihnen geprüft werden, ob die integrierte Genossenschaft als ein Fall der von § 1 GWB freigestellten Unternehmenskonzentration angesehen werden kann.

Der Tatbestand eines Konzerns wird stets dann angenommen (381), wenn die verbundenen Unternehmen unter einer einheitlichen Leitungsmacht stehen und wenn das unternehmerische Risiko nicht mehr das einzelne Unternehmen, sondern die Gemeinschaft trägt.

Die einheitliche Leitungsmacht ist dadurch gekennzeichnet, daß sie ihren beherrschenden Einfluß auf alle wesentlichen Funktionen der abhängigen Unternehmen ausübt (382) und Ausdruck einer selbständigen, von den beteiligten Unternehmen unabhängigen Planung ist (383). Sie ist nicht der Leitungsbefugnis der Organgesellschaft eines Kartells gleichzusetzen, die das Ergebnis allseitigen Kompromisses gleichberechtigter Unternehmen ist, sondern sie ist Ausfluß einer über den beteiligten Unternehmen stehenden effektiven Leitungspotenz (384). Andererseits ist es nicht erforderlich, daß den abhängigen Unternehmen jegliche unternehmerische Disposition genommen wird, es kann vielmehr auch sein, daß den abhängigen Unternehmen von der Spitze ganze Funktionsbereiche zur selbständigen Ausübung überlassen werden, weil manchmal dezentrales Vorgehen nach Meinung der Spitze zu wirtschaftlich besseren Ergebnissen führt.

Nach der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs (385) genügt es, "wenn die Konzernleitung die Geschäftspolitik der Konzerngesellschaften und sonstige grundsätzliche Fragen ihrer Geschäftsleitung aufeinander abstimmt. Diese Abstimmung setzt kein Weisungsrecht voraus". Entscheidend ist also, daß auch die "Selbständigkeit" der

(381) Harms a.a.O. S. 193 ff; Möhring GRUR 66, 647; Hefermehl GRUR 66, 651; U. Huber ZHR 131, 224 ff; Deringer-Hermann BB 66, 1157 ff; Müller-Henneberg in GK § 1, 17; OLG Stuttgart WuW/E OLG 1083; Bkarta TB 66, 13; 68, 45;

(382) OLG Stuttgart WuW/E OLG 1088;

(383) Bkarta TB 66, 13;

(384) Harms a.a.O. S. 147;

(385) zitiert bei Möhring GRUR 66, 648;

abhängigen Unternehmen durch die geschäftspolitische Entscheidung der Spitze bedingt ist. Auf ein institutionalisiertes Weisungsrecht kommt es dabei nicht an. Es genügt, wenn auf Grund personeller oder finanzieller Verflechtung sichergestellt ist, daß die Entscheidungen der Spitze befolgt werden.

II Der Genossenschaftsverbund als Konzern

Prüft man nun, ob bei der integrierten Genossenschaft diese beiden Merkmale erfüllt sind, so bietet sich für die Untersuchung vor allem der Begriff des Genossenschaftsverbundes an. Dieser Begriff wird in der genossenschaftlichen Literatur erst in jüngerer Zeit häufiger verwandt und er dient dazu, die enge Verbindung zwischen Genossenschaftsbetrieb und Mitgliederbetrieben zu kennzeichnen, die sie auf dem Markt als einen einheitlichen Gesamtkomplex erscheinen läßt.

Der Begriff des Verbundes entstammt dem industriellen Bereich, wo der Unternehmensverbund z.B. als Konzern eine große Rolle spielt. Die Übernahme des Begriffs und seine Anwendung auf den Komplex der Genossenschaft bedeutet, daß man auf seiten der Genossenschaft den selben Sachverhalt für gegeben erachtet, der im industriellen Bereich zu der Verwendung des Wortes Verbund geführt hat. Doch bevor aus diesem Gedanken kartellrechtliche Schlußfolgerungen gezogen werden, ist anzumerken, daß es sich dabei nicht um einen rechtlichen Begriff handelt, für den es etwa eine rechtliche Definition gibt, sondern daß dieser Begriff aus der betriebs- und volkswirtschaftlichen Disziplin stammt. Zwar wird auch dort unter dem Begriff eine Einheit verstanden, nämlich "die organisatorische Zusammenfassung mehrerer mehr oder weniger selbständiger betrieblicher Einheiten (z.B. Unternehmen, Betriebe, Filialen) unter einheitlicher Führung" (386), doch inwieweit dies auch für die kartellrechtliche Beurteilung beachtlich ist, ist erst noch zu prüfen.

(386) Arbeitskreis Dr. Krähe der Schmalenbach Gesellschaft, zitiert bei Pfüller a.a.O. S. 4;

1. Unternehmenseinheit auf vertraglicher Grundlage

Das Problem des genossenschaftlichen Verbundbegriffs hat vor allem Westermann (387) rechtlich gewürdigt. Er geht von einem allgemeinen Verbundbegriff aus, wonach für den Verbund erforderlich ist, "daß selbständige Unternehmen sich derart zusammenschließen, daß sie sich für die betriebswirtschaftlichen Entscheidungen innerhalb des einzelnen Unternehmens Leitsätzen unterwerfen, die einheitlich von der Verbundspitze entwickelt werden" (388). Die Leitsätze müssen insoweit rechtlich verbindlich sein, daß ihre Verletzung das Unternehmen in eine unangenehme Situation bringen kann.

Bei dem Versuch, einen spezifisch genossenschaftlichen Verbundbegriff zu entwickeln, fragt Westermann zunächst, welche Unternehmen und Betriebe der Verbundbegriff bei der Genossenschaft umfaßt. Die Möglichkeit, daß die Einzelgenossenschaft in Verbindung mit den Mitgliederbetrieben den Verbund bilden, wobei die Genossenschaft als Verbundspitze zu bezeichnen wäre, lehnt Westermann ab, da die Genossenschaft nicht in der Lage sei, rechtlich verbindliche Leitsätze für die Mitgliederbetriebe zu entwickeln. Er legt daher seiner Untersuchung nur das Verhältnis der Einzelgenossenschaften untereinander zugrunde. Aber auch hier verneint er die Möglichkeit der Zentrale oder auch des Prüfungsverbandes, rechtlich verbindliche Leitsätze zu entwickeln, wie es bei der allgemeinen Definition des Verbundbegriffs für notwendig gehalten wird. Er hält es aber nach dem Genossenschaftsgesetz für zulässig, daß sich die Genossenschaften freiwillig hinsichtlich ihrer Geschäftspolitik Bindungen unterwerfen und so eine gewisse Einheitlichkeit herstellen, deren Umfang und Intensität allerdings ganz von den freiwillig eingegangenen rechtlichen Bindungen abhängen.

Legt man, wie Westermann, das Schwergewicht auf die vertraglichen Bindungen und hält diese nur in einem - durch Genossenschaftsgesetz und GWB - begrenztem Maße für zulässig, so kann man in der Tat einen derart charakterisierten Genossenschaftsverbund nicht als Einheit i.S. einer Konzentrationsform beurteilen.

(387) Zum Rechtsbegriff des Verbundes;

(388) a.a.O. S. 163;

2. Unternehmenseinheit durch funktionale und organisatorische Verknüpfung

Es fragt sich aber, ob nicht der Ausgangspunkt der Untersuchung von Westermann zu eng gewählt ist. So geht Westermann von einer ganz bestimmten Form des Verbundes aus, wie sie sich in ihrer stärksten Ausprägung als Konzern findet, und setzt dazu die Genossenschaft in Beziehung. Dieser Ausgangspunkt läßt aber nur ein einziges Ergebnis zu, daß nämlich die Zentralgenossenschaft kein beherrschendes Unternehmen i.S. eines Konzernaufbaus ist (389). Dieses Ergebnis kann angesichts des unterschiedlichen Herrschaftsaufbaus bei einem Konzern und dem Genossenschaftsverbund nicht bestritten werden. Bei dem Tatbestand des Konzerns handelt es sich einmal darum, daß ein Unternehmen ein oder mehrere andere Unternehmen beherrscht (Unterordnungskonzern) und zum anderen, daß sich mehrere herrschende Unternehmen einer gemeinsamen institutionalisierten Leitung unterwerfen (Gleichordnungskonzern).

Bei der Genossenschaft dagegen haben mehrere auf der selben Wirtschaftsstufe stehende Unternehmen ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet, das auf einer höheren Wirtschaftsstufe tätig ist und das auf Grund der Übertragenen Aufgaben in der Lage ist, die Geschäftspolitik der Gründerunternehmen wesentlich zu beeinflussen. Der Unterbau trägt also den Oberbau, an dem er selbst beteiligt ist.

Auch ohne ein ausdrückliches Weisungsrecht, das selbst für den Tatbestand eines Konzerns nicht unbedingt erforderlich ist, wird von dem Genossenschaftsverbund als einer Form gesprochen, in der die Beziehungen der Mitglieder zur Genossenschaft zu innerbetrieblichen werden (390) und die wie eine Unternehmung im Wettbewerb mit den Großbetrieben tätig wird (391). Diese enge Verbindung zwischen den einzelnen Teilen beruht weniger auf vertraglichen Bindungen als auf der funktionalen und organisatorischen Verknüpfung. Um dies zu verdeutlichen, wird auch von einem vollintegrierten Betriebskomplex gesprochen (392).

(389) so auch Draheim, Genossenschaftliche Zusammenschlüsse S. 215;

(390) Henzler ZfgG 54, 99;

(391) Dülfer a.a.O. S. 30;

(392) Boettcher, Selektion, S. 5 ff; Draheim, Die Genossenschaften als Unternehmungstyp, S. 145 spricht von einem genossenschaftlichen Betriebskomplex;

Diese Verknüpfung beruht, wie schon ausgeführt (393), auf der Identität von Mitglied und Kunde, die auch im Verhältnis der Zentrale zur Einzelgenossenschaft gegeben ist, und zeigt sich in der Tatsache, daß nach dem Genossenschaftsgesetz der Aufsichtsrat und der Vorstand wiederum aus Genossen bestehen (§ 9 II GenG) und sie ist besonders eng bei bestehender Personalunion zwischen Leitung des Verbandes und der Leitung der Wirtschaftszentralen.

Trotz fehlender rechtlicher Bindungs- und institutionalisierter Weisungsbefugnis hat die auf funktionaler und organisatorischer Verknüpfung beruhende Leitungsautorität der Einzelgenossenschaft und in verstärktem Maße der Zentrale einen beachtlichen Wirkungsgrad erreicht. Das hat dazu geführt, daß die Zentrale nicht mehr ausschließlich den Wirtschaftsverhältnissen der Genossen angepaßt wird, sondern daß sie gestaltend in die betrieblichen Verhältnisse der Einzelmitglieder eingreift (394). Die Leitung koordiniert die Geschäftspolitik des Verbundes insgesamt, da sie sich nicht mehr nur auf die Beschaffung konzentriert, sondern auch die Absatzpolitik bestimmt. Die integrierte Genossenschaft ist nicht nur eine Einkaufsgemeinschaft, sondern auch eine Verkaufsgemeinschaft (395). Das bedingt weiter, daß die Leitung Pläne und Zielvorstellungen ausarbeitet, die auf den gesamten Verbundkomplex, auf die höchste Gesamtleistungsfähigkeit der Organisation ausgerichtet sind und nicht nur auf den einzelnen Mitgliederbetrieb (396). Auf Grund der funktionalen und organisatorischen Gegebenheiten und auch wegen des bestehenden Vertrauensverhältnisses zwischen der Einzelgenossenschaft und der Zentrale (397) ist die Spitze der integrierten Genossenschaft auch heute schon weitgehend in der Lage, die Richtlinien der Geschäftspolitik zu bestimmen (398), z.B. die allgemeine Umstellung auf Selbstbedienung, die verstärkte Einrichtung von Gemeinschaftsläden oder die Gestaltung des Eigenmarkenprogramms.

(393) oben S. 23 ff;

(394) Dülfer a.a.O. S. 25; Pfüller a.a.O. S. 129; Boettcher ZfgG 72, 113;

(395) Pfüller a.a.O. S. 120;

(396) Dülfer a.a.O. S. 24; Henzler ZfgG 54, 99;

(397) Pfüller a.a.O. S. 122;

(398) so insb. bei den Konsumgenossenschaften;

Wenn man es für den Begriff der einheitlichen Leitung genügen läßt, daß die Geschäftspolitik der abhängigen Unternehmen und andere grundsätzliche Fragen von der Spitze abgestimmt werden, so erfüllt die auf funktionaler und organisatorischer Verknüpfung beruhende Leitungsmacht der Verbundspitze schon heute diese Voraussetzungen.

Als zweites Merkmal der Unternehmenskonzentration war die Vergemeinschaftung des Risikos genannt. Eine solche Risikogemeinschaft kann in der Weise gegeben sein, daß ein geschäftlicher Nachteil, der auf Grund außerhalb der Genossenschaft liegender Umstände eingetreten ist und nur einige Mitglieder getroffen hat, von allen Mitgliedern in gleichem Maße getragen wird. Die Risikogemeinschaft kann aber auch auf solche Fälle beschränkt sein, in denen gemeinschaftlich beschlossene oder von der Verbundspitze empfohlene Maßnahmen zu einem geschäftlichen Verlust geführt haben, der dann durch die finanzielle Hilfe der Verbundspitze ausgeglichen wird.

Mit der ersten Möglichkeit hat sich der BGH in einem Urteil zu befassen gehabt (399). Dort waren einige Genossen auf Grund von Umständen, die außerhalb des genossenschaftlichen Beeinflussungsbereichs lagen, von einem geschäftlichen Verlust betroffen worden. Um diesen Schaden einigermaßen auszugleichen, hatte die Genossenschaftsführung die Ertragszahlungen an nicht direkt betroffene Genossen um einen bestimmten Betrag gekürzt. Auf Klage dieser Mitglieder mußte die Genossenschaft ihnen den vollen Betrag auszahlen. Zur Begründung führt der BGH aus: "Der Zusammenschluß mehrerer zu einer Einkaufs- und Absatzgenossenschaft und der Zusammenschluß mehrerer solcher Genossenschaften zu einer Dachorganisation führt, auch wenn die Genossen einem gefährlichen Beruf nachgehen und gleichgerichteten Gefahren ausgesetzt sind, nicht dazu, daß der den einen aus der Verwirklichung einer solchen Gefahr treffende Schaden von allen zu tragen oder umzulegen sei". Denn das Ziel einer solchen Genossenschaft sei es erleichterte Absatz- und Einkaufsbedingungen zu schaffen, nicht aber eine Gefahr gemeinsam zu tragen. Der BGH hat für seine Beurteilung richtigerweise nur die ökonomische Zielsetzung der Genossen in Betracht gezogen und diese kann

(399) Urteil v. 9.6.60, NJW 60, 1858 ff;

sicherlich nicht eine solche Risikogemeinschaft begründen. Diese Würdigung der Genossenschaft durch den BGH steht aber nicht dem entgegen, daß diese für geschäftliche Mißerfolge eines einzelnen Mitglieds oder einer Einzelgenossenschaft oder auch für eine fehlgeschlagene Planung einen finanziellen Ausgleich zur Verfügung stellt. So wird von kollektiven Hilfs- und Solidaritätsfonds berichtet (400), deren Zweck die Bereitstellung von Mitteln oder die Übernahme von Bürgschaften zur Behebung wirtschaftlicher Schwierigkeiten ist, die von den Einzelnen aus eigener Kraft nicht bewältigt werden können. Die Fonds bestehen allerdings auf freiwilliger Basis und es besteht kein Rechtsanspruch auf Hilfeleistung. Doch hält man sich vor Augen, daß die Verbundspitze nicht nur die Leitungsfunktion ausübt, sondern sich auch zu dem ökonomischen Schwerpunkt der Verbundorganisation entwickelt hat, und berücksichtigt man weiter das Bestreben, leistungsfähige Einzelhändler und Einzelgenossenschaften zu erhalten, insbesondere an ausbaufähigen, zentralgelagerten Standorten, so kann man davon ausgehen, daß finanzielle Schwierigkeiten i.d.R. mit Hilfe der Verbundspitze behoben werden. Denn durch einen Zusammenbruch einer Genossenschaft wird die ganze Genossenschaftsbewegung in Mitleidenschaft gezogen (401). Die Zentrale wird daher nicht nur aus finanziellen Gründen einspringen, sondern auch aus Sorge um das Ansehen der gesamten Genossenschaftsgruppe. Man kann daher ganz allgemein von einer Haftungsverlagerung sprechen (402). Es haftet nicht mehr die Einzelgenossenschaft für die Zentrale oder der Einzelhändler für die Einzelgenossenschaft, sondern die Zentrale für die Einzelgenossenschaft (403). Zwar wird durch das Einspringen der Verbundspitze nicht das ganze unternehmerische Risiko dem Einzelhändler oder der Einkaufsgenossenschaft genommen, doch ist das auch bei einem Konzern kaum der Fall. Dort wird

(400) Birck in Festschrift f. Draheim S. 133; vgl. auch SZ v. 24.5.72;

(401) Hasselmann in Festschrift f. Draheim S. 377;

(402) Permian a.a.O. S. 24; Pfüller a.a.O. S. 105;

(403) Pfüller a.a.O. S. 105, der auf die Übernahme der in Schwierigkeiten geratenen Konsumgenossenschaft in Landshut durch die GEG hinweist und auf den mißglückten Versuch, die Form des Tempoladens für kleinere Läden zentral einzuführen, S. 111; nach Hasselmann a.a.O. S. 376 mußte die GEG 1973 für eine Reihe von Konsumgenossenschaften wegen finanzieller Schwierigkeiten einspringen;

ebenfalls ein Ausgleich geschäftlicher Verluste eines Konzernunternehmens auf die Dauer nur dann stattfinden, wenn dies im Hinblick auf die wirtschaftlichen Zielvorstellungen des gesamten Konzerns sinnvoll erscheint.

Doch diese Gemeinsamkeit im wirtschaftlichen Denken kann nicht den Unterschied verdecken, der zur Vergemeinschaftung des Risikos im Konzern besteht. Denn während sich im Konzern regelmäßig die Höhe des Gewinns oder Verlusts der Konzernunternehmen unmittelbar auf die finanzielle Situation der Konzernspitze auswirkt, wird die Verbundspitze durch den Verlauf der Geschäftstätigkeit ihrer Mitglieder nur indirekt betroffen, denn Gewinn und Verlust sind nicht generell vergemeinschaftet, sondern treffen unmittelbar den jeweiligen Einzelhändler.

Die Überprüfung der für den Konzernatbestand als wesentlich erachteten Merkmale hat also ergeben, daß bei der integrierten Genossenschaft weder die einheitliche Leitung noch die dauernde Risikovergemeinschaftung in der Form, wie sie für den Konzern üblich ist, anzufinden sind.

III Die integrierte Genossenschaft als Unternehmenseinheit

Bei der Prüfung ist bisher stillschweigend vorausgesetzt worden, daß ein Konzentrationsfall nur dann vorliegt, wenn die Merkmale eines Konzerns erfüllt sind. Zwar hat sich die Diskussion um eine Freistellung von § 1 GWB am Begriff des Konzerns entzündet und in den meisten Untersuchungen wird bei der Abgrenzung auf den Konzernatbestand abgestellt (404). Doch dieser Ausgangspunkt ist nur dann zu bejahen, wenn sich das Konzentrationsprivileg in der Freistellung von Fusionen und Konzernen erschöpfte. Das ist aber, wie Baur (405) ausführlich dargestellt hat und wie durch die Novellierung des GWB klargestellt worden ist, nicht der Fall. So können

(404) z.B. Harms a.a.O. S. 269 ff; Hefermehl GRUR 66, 653; Möhring GRUR 66, 648;

(405) Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 169 ff;

z.B. auch Unternehmungsverbindungen durch Gemeinschaftsgründung Konzentrationsmerkmale enthalten (406) obwohl auf diesen Tatbestand die für den Konzern entwickelte Definition nicht paßt.

Auszugehen ist von Sinn und Zweck des Konzentrationsprivilegs. Der Grund für die Freistellung ergibt sich in erster Linie daraus, daß die für Kartelle geschaffenen Vorschriften bestimmten Formen unternehmerischer Zusammenarbeit nicht gerecht werden. Das rechtfertigt ihre Freistellung von den Kartellvorschriften und ihre Zuordnung zu den Konzentrationsfällen. Das gilt für Unternehmensverbindungen, die zur Gründung eines funktional selbständigen Unternehmens führen, nicht dagegen, wenn das neugegründete Tochterunternehmen nur als Hilfsunternehmen bestimmte Aufgaben für die Gründer wahrzunehmen hat.

Für das Kartell ist es demnach typisch, daß es nur als Hilfsunternehmen agiert, also nur dazu dient, im Geschäftsverkehr nach außen die Durchführung der Kartellvereinbarung zu ermöglichen (407). Für die integrierte Genossenschaft wurde aber festgestellt, daß sich die genossenschaftliche Unternehmung zu einem funktional selbständigen Unternehmen entwickelt hat.

Darüber hinaus haben sich infolge wettbewerblicher Notwendigkeiten die gelockerten Beziehungen zu den Mitgliedern erheblich gestärkt und die Geschäftsführung der Genossenschaft und der Zentrale haben begonnen, auch auf die innere Betriebsgestaltung der Mitglieder Einfluß zu nehmen. Dieses Vordringen ist von der Erkenntnis begleitet, daß eine Förderung durch Rationalisierung nur dann möglich ist, wenn nicht mehr von der Selbständigkeit des einzelnen Mitgliedsbetriebs ausgegangen wird, sondern wenn die einzelnen Betriebe als Teilbetriebe oder als Betriebsglied eines großen genossenschaftlichen Verbundbetriebs aufgefaßt werden (408). Nur dann lassen sich auf Dauer Fehlinvestitionen vermeiden, wenn bei der Geschäftspolitik von der Gesamtwirtschaftlichkeit eines einheitlichen Unternehmens ausgegangen wird. Konsequenz wäre es demnach, wenn

(406) so auch Mestmäcker AcP 168, 256 ff;

(407) Fikentscher, Europees Kartelrecht S. 229;

(408) Henzler ZfgG 54, 99; Die Genossenschaft eine fördernde Betriebswirtschaft, S. 185; in Festschrift f. Draheim S. 101 f;

in regelmäßigen Abständen ein einheitlicher Abschluß, eine Art "konsolidierte Bilanz" wie bei Konzernen, und eine Wirtschaftlichkeitsberechnung für den ganzen Komplex aufgestellt würde. Diese von Henzler schon im Jahre 1954 ausgesprochenen Vorstellungen mögen vielen als negativ empfundene Zukunftsmusik erschienen sein. Doch inzwischen ist die Entwicklung weitergegangen und heute wird in der Tat ähnlich verfahren.

Wenn auch keine Gesamtbilanz im aktienrechtlichen Sinne erstellt wird, so geht doch die Geschäftspolitik der Zentralen von einem Gesamtwirtschaftlichkeitsplan aus und legt dementsprechend ihre geschäftlichen Schwerpunkte. Ausdruck dieser Einstellung der Genossenschaftsmanager ist die Einrichtung von Projektgruppen, die für Teilbereiche Zielvorstellungen erarbeiten (409), und die von der Verbundspitze ausdrücklich geforderte Richtlinienkompetenz (410), sowie die zunehmende Verlagerung der Investitionstätigkeit auf die genossenschaftliche Spitze. Diese muß Investitionsentscheidungen für alle nachgeordneten Glieder treffen, es muß eine die Investitionstätigkeiten aller Verbundebenen und Verbundmitglieder umschließende Planung vorgenommen und durch eine entsprechende Finanzplanung vervollständigt werden. Die einzelbetrieblichen Investitionsbedarfe sind dabei als Teile der Investitionsnotwendigkeiten einer wirtschaftlichen Einheit zu betrachten und vor ihrer Realisierung unter Berücksichtigung des Gesamtinteresses aufeinander abzustimmen (411).

Die Initiative im Verbund geht von der Spitze aus, von dort erfolgt Leitung, Steuerung und Planung. Trotz rechtlicher Abhängigkeit von den Einzelgenossenschaften sind die Zentralgenossenschaften auf diesem Gebiet sehr selbständig. Aufbau, Erweiterung und Intensivierung der Verbundarbeit geht fast ausschließlich von ihnen aus (412).

Noch weiter fortgeschritten ist die Entwicklung bei den Konsumgenossenschaften. Hier ist die Einheitlichkeit der Unternehmensgruppe

(409) so bei Edeka, vgl. ZfgG 69, 350;

(410) Forderung der Rewe-Zentrale, ZfgG 69, 352;

(411) Henzler in Festschrift f. Draheim, S. 101 f; vgl. auch Jahresbericht 1974 der Rewe-Zentralorganisationen;

(412) Pfüller a.a.O. S. 67;

Co-op auch rechtlich verankert. Das ergibt sich neben den schon erwähnten (413) und allgemein anerkannten Hauptprinzipien des Bundes vor allem aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, wonach kein Vorstand einer Konsumgenossenschaft ohne schriftliche Zustimmung des Bundes gewählt werden kann und dem Bund das Recht eingeräumt wird, auch Anträge auf Abberufung von Vorstandsmitgliedern zu stellen, an den Sitzungen der regionalen Konsumgenossenschaften teilzunehmen und deren Bücher einzusehen. Diese Sicherungen müßten ausreichen, um den Verbundkomplex der Konsumgenossenschaften de facto zu einem Massenfilialunternehmen zu machen (414).

Die hier festgestellte Einheitlichkeit des Wirtschaftsplanes (415) und der Geschäftspolitik ist ein starkes Indiz für das Vorliegen eines Konzentrationsvorganges. So sieht Mestmäcker (416) die maßgebliche Eigenart der Konzentration darin, daß die zusammengeschlossenen Unternehmen nach einem Wirtschaftsplan geleitet werden, der allein im Interesse der Einheit ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Wirkungen bei den angeschlossenen Gesellschaften verwirklicht werden kann. Im Kartell dagegen wird die wirtschaftliche Planung wesentlich von den unterschiedlichen Auswirkungen auf die jeweiligen Gesellschafter bestimmt. Der Wirtschaftsplan geht von den Einzelinteressen der angeschlossenen Unternehmen aus und dient vor allem dazu, die durch die Verschiedenheit der beteiligten Unternehmen bedingten Konflikte auszugleichen, so daß für jeden Einzelnen der größtmögliche Vorteil zu erwarten ist. Ist die Wirtschaftsplanung im Kartell eher auf die Erhaltung des "status quo" im Besitzstand (417) gerichtet, so kann der einheitliche Plan bei einer Konzentration das angeschlossene Unternehmen zwingen, sich zu verändern, sich der fortschreitenden Entwicklung anzupassen.

Zwar fehlt der Verbundspitze im Genossenschaftskomplex die Möglichkeit, ihre Zielvorstellungen auf Grund rechtlicher Bindungen durch-

(413) oben S. 29 f;

(414) Gabriel, Genossenschaften und Konzentration, S. 499; Hasselmann a.a.O. S. 378;

(415) auch Fikentscher, Europees Kartelrecht S. 201 stellt auf den Wirtschaftsplan als Indiz für die Selbständigkeit ab;

(416) AcP 168, 257 ff;

(417) Baur, Mißbrauch, S. 187;

zusetzen, die über die gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten im Rahmen der erwähnten Gemeinschaftseinrichtungen hinausgehen (mit Ausnahme der Konsumgenossenschaften), und sie wird daher möglicherweise im Einzelfall nicht so leicht ihre Pläne durchführen können. Dennoch kann sie gegen einzelne Unternehmen, die sich nicht den von der Mehrheit gutgeheißenen Maßnahmen unterwerfen wollen, schon jetzt mit Zwangsmitteln vorgehen (418). Auch geht die Tendenz eindeutig dahin, der Verbundspitze die Richtlinienkompetenz, die sie schon jetzt auf Grund der funktionalen und organisatorischen Verknüpfung und der fachlichen Autorität zum großen Teil besitzt, ausdrücklich zuzugestehen (419). Die gesamte Diskussion über neue Organisationsmodelle dreht sich im wesentlichen um die Einführung eines lückenlosen Bezugswangs (420).

Man wird auch die integrierte Genossenschaft mit ausdrücklicher Richtlinienkompetenz der Verbundspitze nicht als Konzern bezeichnen können, dazu sind die strukturellen Unterschiede zu groß. Doch ist durch die fortschreitende Integration ein neuer Unternehmenskomplex entstanden, die Mitgliederbetriebe, die Einzelgenossenschaften und die Zentralgenossenschaften umfassend, der auf dem Markt als Einheit gegenüber den Mitbewerbern auftritt und dessen Marktposition und -einfluß nur gewürdigt werden können, wenn er als Einheit aufgefaßt wird. Daher entspricht es dem Sinn und Zweck des Konzentrationsprivilegs die integrierte Genossenschaft als Form der Unternehmenskonzentration von § 1 GWB freizustellen (421).

(418) vgl. die Ausschlußbestimmungen in der Mustersatzung der Edeka, zitiert bei Kleinen im Anhang;

(419) vgl. Albrecht ZfgG 60, 110; bei den Konsumgenossenschaften ist das heute schon der Fall, Schumacher in Festschrift f. Draheim S. 364;

(420) z.B. Seuster ZfgG 68, 33 ff; Sonnemann ZfgG 64, 40;

(421) Gabriel a.a.O. S. 493 spricht davon, daß die Einkaufsgenossenschaften einen rechtlich geschlossenen Unternehmensverbund geschaffen haben, in dem ein Bezugswang etabliert sei, der eindeutig außerhalb der Reichweite des Kartellgesetzes liege; ebenso Baur, Genossenschaften und Kartellrecht, S. 521;

IV Institutionalisierung der Konzentrationsform

Bei der Feststellung, ob eine integrierte Genossenschaft und damit ein Konzentrationsfall vorliegt, kann man sich nicht auf ausdrückliche Vertragsbestimmungen stützen, sondern man muß vom tatsächlichen Erscheinungsbild ausgehen, wie die Zusammenarbeit organisiert ist und wie sie gehandhabt wird. Entscheidend ist der Intensitätsgrad der betrieblichen Beziehungen zwischen der Genossenschaftszentrale, dem Genossenschaftsbetrieb und den Mitgliederbetrieben. Dieser ist jedoch nicht exakt meßbar, sondern man kann nur sagen, daß irgendwo auf der Variationsskala der Trennpunkt liegen muß, von dem aus nach der einen Richtung Marktbeziehungen noch feststellbar sind, nach der anderen Richtung dagegen nur noch innerbetriebliche Verarbeitungsvorgänge, ohne daß dieser Punkt genau festgelegt werden kann (422).

Diese Schwierigkeiten kann man beheben, wenn man die Voraussetzungen für eine integrierte Genossenschaft rechtlich genau fixiert, d.h. wenn im Genossenschaftsgesetz die Voraussetzungen, die eine echte Integration kennzeichnen, ausdrücklich niedergelegt werden. Da das bestehende Genossenschaftsgesetz eine stärkere Verklammerung nur im beschränkten Maße zuläßt, müssen die Möglichkeiten dazu erst durch eine Reform des Genossenschaftsgesetzes geschaffen werden (423).

Aus dem Sinn des Konzentrationsprivilegs sind diejenigen Kriterien abzuleiten, die erfüllt sein müssen, wenn eine Freistellung von § 1 GWB in Anspruch genommen werden soll. Alleine die Erleichterung der Einführung eines Bezugs- und Absatzzwangs genügt dafür noch nicht, denn Ausschließlichkeitsbindungen alleine bewirken noch keine Unternehmenskonzentration (424). Doch kann eine solche Regelung erwogen werden gekoppelt mit anderen Bestimmungen, die der Einheitlichkeit des Genossenschaftsverbundes dienen. Zu denken ist daran, daß der Geschäftsleitung die Richtlinienkompetenz zugestanden wird und daß ihr die Geschäftsführung in eigene Verantwortung

(422) Dülfer ZfgG 56, 273;

(423) diese wird auch dringend gefordert, z.B. Menzel ZfgG 68, 153 ff; Diederichs, Selektion, S. 28 ff; Sonnemann ZfgG 69, 5 ff; Seuster ZfgG 68, 36;

(424) vgl. Rittner, Die Ausschließlichkeitsbindungen, S. 170;

übertragen wird. Der Generalversammlung steht dann kein Weisungsrecht mehr in Einzelfragen zu, sie wird grundsätzlich auf die Wahl, Entlastung, Genehmigung des Jahresabschlusses und dergleichen beschränkt, wie dies auch schon in der Praxis häufig der Fall ist (425).

Wird auf diese Weise die Abhängigkeit der Genossen rechtlich fixiert, so fordert dies auf der anderen Seite auch die rechtliche Begründung einer Ausgleichspflicht, die bisher nur auf freiwilliger Basis gewährt wird. Nicht zuletzt ist auch der Vorschlag Henzlers (426) in Erwägung zu ziehen, ob nicht für den gesamten Verbund eine einheitliche Bilanz, sei es von der Genossenschaftszentrale oder vom Verband, erstellt werden soll.

Es würde hier zu weit führen, auf alle möglichen und notwendigen Bestimmungen einzugehen, die für eine gerechte Ausbalancierung der Interessen erforderlich sind, aber so wie es ein Recht der verbundenen Unternehmen im Aktienrecht gibt, wird man vielleicht einmal von einem Recht der verbundenen Genossenschaften sprechen können. Es muß jedoch dabei sichergestellt werden, daß die genossenschaftlichen Grundsätze nicht nur soweit wie möglich aufrechterhalten werden, sondern daß sie, sei es auch in anderer Form, zu neuem Leben erweckt werden. Der stärkeren Abhängigkeit von den geschäftspolitischen Entscheidungen der Verbundspitze muß eine stärkere Beteiligung am grundsätzlichen Willensbildungsprozeß entsprechen, wie Henzler (427) es ausgedrückt hat, zentralistisch im Funktionieren, dezentralistisch oder föderalistisch in der Organisation.

Dem möglichen Vorwurf, daß durch eine Institutionalisierung ein zusätzlicher Anreiz zur Vermachtung der Märkte geschaffen werde, ist entgegenzuhalten, daß dadurch keine zusätzlichen Bindungen der Genossen geschaffen werden, sondern daß nur der tatsächliche Zustand in geordnete rechtliche Bahnen gelenkt werden soll. Das hat für die Genossen den Vorteil, daß ihrer faktisch schon vorhandenen Abhängigkeit nunmehr eine rechtlich begründete Ausgleichspflicht gegenübersteht. Die tatsächliche wirtschaftliche Abhängigkeit und damit der Zwang zur Zusammenarbeit wird auch ohne Reform des Genossen-

(425) vgl. Klemann a.a.O. S. 50 ff;

(426) ZfgG 54, 99;

(427) Die Genossenschaft eine fördernde Betriebswirtschaft, S. 185;

schaftsgesetzes weiter voranschreiten, ohne durch dieses daran gehindert zu sein, wie das Ausweichen in andere Rechtsformen zeigt, weil nur dann ein Überleben im verstärkten Wettbewerb möglich sein wird. Man könnte sich daher - wie es von den schwedischen Konsumgenossenschaften berichtet wird (428) - auf den Standpunkt stellen, daß das Problem der Legalisierung lediglich von theoretischer Bedeutung ist.

Auf der anderen Seite bleibt es den Genossen freigestellt, ob sie die Form der integrierten Genossenschaft wählen wollen. Mit der Bereitstellung von rechtlichen Möglichkeiten ist nicht zugleich der Zwang verbunden, sie zu gebrauchen. Da man davon ausgehen kann, daß der Einzelhändler nur dann und nur soweit seine Selbständigkeit aufgibt, wenn und soweit ihn die Konkurrenz zu stark bedrückt, besteht auch keine Gefahr einer zusätzlichen Konzentrationsvermachtung des Marktes.

Zusammenfassung

Die Anwendung der Gegenstandstheorie bei der Beurteilung von Einkaufsgenossenschaften ist wettbewerbspolitisch nur zu rechtfertigen, wenn die Vorschriften des GWB, die das vertikale Verhältnis betreffen, geeignet sind, die in diesem Bereich auftretenden Wettbewerbsbeschränkungen zu erfassen. Dies ist aber nicht der Fall, da die wettbewerbsbeschränkende Bindung der Genossen nicht auf dem individuellen Austauschvertrag beruht, sondern auf der funktionalen und organisatorischen Verknüpfung der Genossenschaftsbereiche. Daher ist eine isolierte kartellrechtliche Beurteilung des vertikalen Geschäftsverhältnisses nicht möglich. Der horizontale und der vertikale Bereich im Genossenschaftskomplex kann nur einheitlich beurteilt werden. Dies ermöglicht eine sowohl der Rechtssicherheit als auch der wettbewerbspolitischen Forderung gerecht werdende Auslegung des § 1 GWB, bei der das Tatbestandsmerkmal "Eignung" die

(428) Bonow ZfgG 66, 217;

Grundlage für ein generalisierendes Eignungsurteil abgibt. Als Richtlinie dient der vom Gesetzgeber selbst verwendete Begriff des Syndikats, der es ermöglicht, alle auftretenden Wettbewerbsbeschränkungen einheitlich zu beurteilen. Bei der Subsumtion der Einkaufsgenossenschaft unter diesen Eingriff ergibt sich die Notwendigkeit der Differenzierung je nach genossenschaftlichem Entwicklungstyp. Der Typ der integrierten Genossenschaft entspricht zwar äußerlich dem Bild eines Syndikats, doch passen die Kartellvorschriften nicht auf den Tatbestand der integrierten Genossenschaft. Hier ist nämlich eine neue Unternehmensform entstanden, die entsprechend dem Konzentrationsprivileg von der Anwendung des § 1 GWB ausgenommen ist.

Literaturverzeichnis

- Albrecht, Gerhard Die Lebensmittel-Einkaufsgenossenschaften im Wandel der Betriebsformen des Handels, ZfgG 60, 103;
- " Großgenossenschaften, in: Zur Reform des Genossenschaftsrechts, Referate und Materialien, 1. Bd., hrsg. Bundesjustizministerium, 1956;
- Angehrn, O. Handelsmarken und Herstellermarken im Wettbewerb, 1969;
- Ballerstedt, Kurt Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Festschrift für Böhm, 1965, S. 186;
- " Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 56, 267;
- Baumbach-Hefermehl Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kommentar, 8. Aufl.;
- Baur, J.F. Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", ZHR 134, 93;
- " Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, 1972;
- " Förderungszweck und Mitgliederselektion im Genossenschaftswesen, BB 71, 1216;
- " Genossenschaften und Kartellrecht, in: Genossenschaften - Demokratie und Wettbewerb, VII. Internationale genossenschaftswissenschaftliche Tagung, Münster, 1972, S. 497;
- Belke, Rolf Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1966;
- Benisch, Werner Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 56, 480;
- " Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 60, 842;
- " Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW, 61, 764;
- " Zur kartellrechtlichen Beurteilung der kooperativen Marktinformation, DB 72, 1709;
- " Die Kooperationsfibel, 4. Aufl. 1973;
- Benkendorff, Gerhard Über den Vertrag in § 1 GWB und seine Eignung zur Marktbeeinflussung, WRP 62, 313;

- Biedenkopf, Kurt Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, in: Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, 1957;
- " Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel, 1958;
- " Zur Selbstbeschränkung auf dem Heizölmarkt, BB 66, 1113;
- Bieling, Franz Das Verhältnis von Kartellen und Genossenschaften, 1953;
- Bieri, Hildegard Die Aktiengesellschaft, die Genossenschaft und die Gesellschaft m.b.H. in ihrer Eig-nung für Kartelle, Abhandlungen zum schwei-zerischen Recht, Heft 185;
- Birck Probleme der Eigenkapitalausstattung deut-scher Genossenschaften, in: Festschrift für Draheim, 2. Aufl., 1971;
- Blümle, Ernst-Bernd Wachstum und Willensbildung der Primärge-nossenschaften, ZfgG 64, 453;
- Boettcher, Erik Selektion im Genossenschaftswesen, (Hrsg), 1966;
- " Vertikale Integration und Wachstumschancen der Genossenschaften, in: Festschrift für Draheim, 2. Aufl., 1971;
- " Genossenschaften - Demokratie und Wettbe-werb, ZfgG 72, 107;
- Bonow, M. Bedeutung und Aufgaben des Genossenschafts-wesens in einer wachsenden Wirtschaft, ZfgG 66, 206;
- Burckhardt, Walter Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., 1944;
- Callmann Das deutsche Kartellrecht, 1934;
- Canaris Systemdenken und Systembegriff in der Juris-prudenz, 1969;
- Deppe, Hans Genossenschaften des Lebensmitteleinzel-handels und Kartellverbot, 1967;
- Deringer-Hermann Konzernmäßige Zusammenschlüsse und das Kar-tellverbot des § 1 GWB, BB 66, 1157;

- Diederichs, Erich Selektion in der modernen Waren- und Dienstleistungsgenossenschaft des gewerblichen Mittelstandes, in: Selektion im Genossenschaftswesen, 1966;
- Draheim, Georg Die Genossenschaften als Unternehmungstyp, 2. Aufl., 1955;
- " Genossenschaft und Erwerbsunternehmung, ZfgG 54, 125;
- " Genossenschaftliche Zusammenschlüsse, in: Zur Reform des Genossenschaftsrechts, Referate und Materialien, hrsg. Bundesjustizministerium, 1. Bd., 1956;
- " Zur Ökonomisierung der Genossenschaften, 1967;
- Dülfer, Eberhard Zur Frage des Unternehmungscharakters der Genossenschaft, ZfgG 56, 265;
- " Strukturprobleme der Genossenschaft in der Gegenwart, in: Neuere Tendenzen im Genossenschaftswesen, Wiener Studien, 1. Bd., 1966;
- Ebert, E. Die Einkaufsgenossenschaften des Einzelhandels in der Marktwirtschaft, ihr Verhältnis zu Wettbewerbsbeschränkungen, freiwilligen Ketten und institutionellem Großhandel, Diss., Frankfurt, 1960;
- Ehrlinger Die Konzentration im Einzelhandel - Ihre Ursachen und Auswirkungen, Diss.Erlangen-Nürnberg, 1961;
- Eli, Max Die Nachfragekonzentration im Nahrungsmittelhandel, Ausmaß, Organisation und Auswirkungen, 1968;
- Eschenburg, Rolf Genossenschaftstheorie als Konflikttheorie, in: Theorie und Praxis der Kooperation, 1972;
- Esser, Josef Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970;
- " Methodik des Privatrechts, in: Methoden der Rechtswissenschaft, Teil I, 1971, S. 3;
- Ewald, Heinz Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle, WuW 56, 253;
- Fikentscher, Wolfgang Horizontale Wettbewerbsbeschränkung und Verträge mit Dritten, BB 56, 793;
- " Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 60, 680;

- Fikentscher, Wolfgang "Sonstige Verträge" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Festschrift für Ulmer, 1963, S. 405;
- " Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkung, in: Festschrift für Böhmer, 1965, S. 261;
- " Die Interessengemeinschaft, 1966;
- " Kooperation und Gemeinschaftsunternehmen im Lichte der Art. 85 und 86 EWGV, Europees Kartelrecht, 1969, S. 177;
- Flechtheim Die rechtliche Organisation der Kartelle, 1923;
- Fleischmann, Gerd Wettbewerbstheorie und Genossenschaften, in: Theorie und Praxis der Kooperation, 1972;
- " Genossenschaften und Wettbewerb, ZfgG 72, 154
- Frankfurter Kommentar Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kaufmann, Rautmann u.a.;
- Fremerey, Hans Die kartellrechtliche Bedeutung der gemeinsamen Tochtergesellschaften konkurrierender Unternehmen insbesondere im Syndikat und beim marktbeherrschenden Unternehmen, Diss. Frankfurt, 1965;
- Fuchs, Dieter Kartellverbot und Einzelvertrag, 1963;
- Fürstenberg, Friedrich Die Dienstleistungsfunktionen der Warengenossenschaften, ZfgG 63, 145;
- Gabriel, Siegfried Machtausgleich durch genossenschaftliche Abwehrkartelle? WuW 54, 599;
- " Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung im GWB, MA 60, 247;
- " Genossenschaften und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, 2. Bd., 2. Aufl., 1971;
- v. Gamm, Frhr., Otto Das Kartellrecht der EWG, 2. Aufl., 1969;
- Gandenberger, Otto Was ist ein Unternehmen? 1963;
- Geisblüsch Organisierte Nachfrage, 1964;
- " Die Verhaltensweisen organisierter Nachfrager, in: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd. II, 1966;
- Gemeinschaftskommentar Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Hrsg. Müller-Henneberg, Schwartz, 1., 2., 3. Aufl. (§ 1 - 17,25 - 75 GWB);

- Germann, O.A. Rechtssicherheit, in: Methodische Grundfragen, 1935, S. 54;
- Gleiss-Hirsch Kommentar zum EWG-Vertrag, 2. Aufl., 1962;
- Günther, Eberhard 10 Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick, in: 10 Jahre Bundeskartellamt, 1968, S. 11;
- " Zur Verabschiedung eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 57, 721;
- " Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, MA 57, 35;
- " Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MA 59, 269;
- Haberkorn Können konzernmäßige Zusammenschlüsse unter § 1 GWB fallen, WRP 67, 39;
- Halbey Das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB, Juristische Analysen 1970, 34;
- Harms, Wolfgang Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1968;
- Hasselmann, Erwin Die Polarität von Autonomie und Einheit in der konsumgenossenschaftlichen Praxis, in: Festschrift für Draheim, 2. Aufl, 1971, S. 367;
- v. Hayek, Friedrich Rechtsordnung und Handlungsordnung, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, 1967, S. 195;
- Hefermehl, Wolfgang Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, GRUR 66, 651;
- " Informationsverträge und Kartellrecht, in: Kooperative Marktinformation, 1967, S. 1;
- " Unternehmenszusammenschlüsse im Lichte der Art. 85 und 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: Kooperation und Konzentration im Gemeinsamen Markt, 1967, S. 59;
- Henckel, Heinrich Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964;
- Henkel Die erlaubte Verbandsempfehlung nach § 38 II, Satz 3 des neuen Kartellgesetzes, 1961;
- Henzler, Reinhold Die Rationalisierung im Genossenschaftswesen, ZfgG 54, 89;
- " Grenztypen des Genossenschaftsbetriebs, Die Tendenz zur Genossenschaftsunternehmung, ZfgG 56, 9;

- Henzler, Reinhold Neugestaltung des gesetzlichen Genossenschaftsbegriffs; Zulässigkeit des ergänzenden Mitgliedergeschäfts, in: Zur Reform des Genossenschaftsrechts, Referate und Materialien, 1. Bd., hersg. Bundesjustizministerium, 1956;
- " Die Genossenschaft eine fördernde Betriebswirtschaft, 1957;
- " Investitions- und Finanzierungsprobleme der Genossenschaften in einer wachsenden Wirtschaft, in: Festschrift für Draheim, 2. Aufl. 1971;
- Hintze Aus der Praxis des Kartellsenats beim Kammergericht, insbesondere die Anwendungsmöglichkeit volkswirtschaftlicher Theorien, WuW 70, 571;
- Hoferecht, Günther Vertikale Preisbindung und Preisempfehlung bei Markenwaren am Beispiel der Erzeugnisse der Ernährungsindustrie, Diss., Berlin, 1970;
- Hoppmann, Erich Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, 1959;
- " Preismeldestellen und Wettbewerb, WuW 66, 97;
- " Zum Schutzobjekt des GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 61;
- " Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, 1968, S. 9;
- " Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen" Wettbewerbspolitik, DB 70, 93;
- Huber, E.R. Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bde., 2. Aufl. 1953;
- " Das Empfehlungsverbot, 1959;
- Huber, Ulrich Zur kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinne des § 18 AktG, ZHR 131, 193;
- Isay-Tschierschky Kartellverordnung, 1925;
- Isensee Die typisierende Betrachtungsweise im Verwaltungsrecht, BayVBl 1973, 658;
- Jäger, Armin Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs im § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1970;

- Jansen Die Koppelungsverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1968;
- Kartte, Wolfgang Zur Auslegung des § 1 GWB: Kartelle - Zusammenschlüsse - Gemeinschaftsunternehmen, WuW 63, 565;
- " Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, 1969;
- " Kooperationsförderung und Kartellgesetznovelle, Blätter für Genossenschaftswesen 1970, 21;
- Kathrein, Oswald Das Organisationsystem der freiwilligen Ketten im Lebensmittelhandel der Bundesrepublik, ZfgG 60, 120;
- " Nachfrage im Wettbewerb, 1960;
- Kirschstein, Friedrich Rechtliche und wirtschaftliche Preisbindung einer Markenware nach § 16 des GWB, WuW 58, 527;
- Kleim, Hans-Helmut Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1966;
- Kleinen Die Expansion mittelständischer Handelsbetriebe durch Großzusammenschlüsse, 1968;
- Klemann, Peter Das Management in Genossenschaften des Lebensmitteleinzelhandels, 1969;
- Kluge Rechtsprechung und Überpositives Genossenschaftsrecht, ZfgG 57, 183;
- v. Köhler, Karl-Heinz Welche Stellung hat der Wettbewerb in unserer Rechtsordnung, NJW 64, 569;
- " Vom Wert der Gesetzesmaterialien im Kartellrecht, NJW 67, 2188;
- " Wie weit gilt im Wettbewerbsrecht der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, NJW 71, 118;
- Koenigs, Folkmar Einige Probleme des § 18 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 301;
- Kuhlmann Preisempfehlungen gegenüber Großbetrieben und großbetrieblichen Unternehmensformen, WRP 5. Jhg. Nr. 7, S. 195;
- Lang-Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 29. Aufl., 1971;

- Langen, Eugen Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., 1966;
- Lantzke Genossenschaftlicher Bezugs- und Absatz-
zwang, Diss. Münster, 1953;
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl
1969;
- Laufke, Franz Die allgemeinen Geschäftsbedingungen in der
Filmwirtschaft unter Berücksichtigung der
Generalklauseln, UFITA 35, 257;
- Lukes, Rudolf Kartellvertrag, 1959;
- " Aktuelle Probleme der Preisbindung zweiter
Hand und der Preisempfehlungen, JUS 62,
215;
- Mahlmann Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung,
1971;
- Mailänder, Peter Kollektivvertrag und Preisbindung, BB 63,
1357;
- Markert USA: Beurteilung von Unternehmenszusammen-
schlüssen und Gemeinschaftsunternehmen als
Kartelle, AWD 64, 186;
- " Modernes Kartellgesetz - aber wie? ZHR 134,
208;
- Marzen, W. Preiswettbewerb und Verbraucherpolitik, 1964;
- Matthies Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion,
in: Festschrift für Böhm, 1965;
- Menzel, Bernhard Zweifel an der genossenschaftlichen Unter-
nehmung, ZfGG 68, 150;
- Merle, Werner Marktinformationsverfahren und § 1 des Ge-
setzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1967;
- Mestmäcker, Ernst Sind urheberrechtliche Verwertungsgesell-
schaften Kartelle?, 1960;
- " Über die normative Kraft privatrechtlicher
Verträge, JZ 64, 441;
- " Unternehmenszusammenschlüsse nach Art. 86
EWG-Vertrag, in: Festschrift für Hallstein,
1966, S. 322;
- " Zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschrän-
kungen, in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968;
- " Über das Verhältnis des Rechts der Wettbe-
werbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP
168, 235;

- Meyer-Meulenbergh Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 11. Aufl., 1970;
- Möhring, Philipp Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, GRUR 66, 645;
- Müller-Gries-Giessler Kommentar zum GWB, 2. Aufl, 1967;
- Müller-Henneberg, Hans Zu den Begriffen "Kartell" und Wettbewerbsbeschränkungen", WuW 63, 877;
- Mulert, Thomas Die Wettbewerbsbeschränkung zwischen verbundenen Unternehmen, 1970;
- Naegeli, Eduard Die Doppelgesellschaft, 2 Bde., 1941;
- Nester, Paul Nachfragemacht und Kartellgesetz, 1965;
- Ohm, Hans Die ökonomische Theorie der Genossenschaft als Ausgangsbasis für ihre Abgrenzung von den Kartellen, ZfgG 52, 273;
- " Die Genossenschaft - eine Unternehmung?, ZfgG 54, 229;
- Paulick, Heinz Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, 1956;
- " Die eingetragene Genossenschaft, 1954;
- " Anmerkung zum BGH v. 9.6.60, ZfgG 61, 80;
- Permien, H.J. Markt- und Mitgliederbeziehungen von Warenzentralgenossenschaften, Diss. Hamburg, 1958;
- Pfüller Der Genossenschaftsverbund, 1964;
- Plaßmann, Norbert Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, JZ 68, 81;
- " Wettbewerbspolitisches Leitbild, Freiheitsschutz und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 70, 779;
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, 6. Aufl., 1963;
- Raisch Normqualität und Durchsetzbarkeit wirtschaftsrechtlicher Regelungen, ZHR 128, 161;
- " Methodische Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht, JZ 65, 625;
- Rasch-Westrick Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Aufl., 1966;
- Reinhardt Der Gesetzgeber und die Genossenschaften, ZfgG 64, 191;

- Richter, Heinrich Die Genossenschaftsidee und die Entwicklung der ländlichen Kreditgenossenschaft in der Gegenwart, ZfgG 68, 191;
- Rinck, Gerd Konzernrecht, Juristen Jahrbuch 5, 1964/65, S. 121;
- Rittner, Fritz Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, 1957;
- " Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 57, 1091;
- " Die Rechtssicherheit im Kartellrecht, WuW 69, 65;
- " Kooperation zwischen Gesellschafts- und Kartellrecht, in: Theorie und Praxis der Kooperation, 1972, S. 155;
- Säcker Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts, 1971;
- " Zur Berücksichtigung der Marktposition des Unternehmens im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, BB 67, 681;
- " Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1971;
- Sandrock, Otto Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968;
- " Die Einheit der Wirtschaftsordnung, 1971;
- Schachtschabel, Hans Ordnungspolitische Funktionen der Genossenschaften, in: Festschrift für Draheim, 2. Aufl. 1971;
- Schmidt, Ingo Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW, 66, 699;
- Schubert, Rolf Die rechtlichen Grenzen genossenschaftlicher Verbundwirtschaft, ZfgG 67, 55;
- Schultz, Reinhard Einkaufsgenossenschaften und freiwillige Ketten des Lebensmitteleinzelhandels - ein Vergleich, 1969;
- Schumacher Konsumgenossenschaften und Wirtschaftsordnung, in: Festschrift für Draheim, 2. Aufl., 1971, S. 352;

- Schwarz, Theo Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Kartellrecht, 1969;
- Seraphim Die genossenschaftliche Gesinnung und das moderne Genossenschaftswesen, 1956;
- Seuster Freiheit, Freiwilligkeit und vertragliche Bindungen im ländlichen Genossenschaftswesen, ZfgG 68, 21;
- Seydel, Helmut Zur Systematik des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 57, 1300;
- Söüter, Arno Das Rabattkartell, 1955;
- " Die Mittelstandsempfehlungen im GWB, WuW 59, 678;
- " Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 1960;
- Sonnemann Genossenschaftskonzentration unter Wahrung der genossenschaftlichen Grundprinzipien, ZfgG 64, 31;
- " Genossenschaften im Wandel, ZfgG 69, 5;
- Steindorff, Ernst Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, 1959;
- " Direktverkauf und Preisempfehlung, JZ 59, 197;
- " Hindernisse auf Grund der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über Kartelle und marktbeherrschende Stellungen, RMC 68, 186;
- " Die Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 85 I EWG-V und Art. 65 § 1 Montan-Vertrag, in: Europees Kartelrecht 69, 277;
- " Zur Novellierung des Kartellrechts, BB 70, 824;
- " Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Larenz, 1973, S. 217;
- Teichmann, Arndt Die "wirtschaftliche" Betrachtungsweise in der Anwendung des GWB, in: Festschrift für Bartholomeyczik, 1973, S. 377;
- Traumann, Peter Auswirkungen von Zusammenschlüssen auf Einzelhandelsgeschäfte mit Lebensmitteln, Diss. Aachen, 1966;
- Ulmer, Peter Überlegungen zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht, WuW 71, 878;

- Unger, Werner Markenlizenz und Kartellrecht, Diss. Heidelberg, 1970;
- Vogel, Horst Wettbewerbspolitische und kartellrechtliche Grenzen zwischen Kooperation und Kartell, Diss. Frankfurt, 1970;
- Waldecker Die eingetragene Genossenschaft, 1916;
- Walz, Karl Systemfragen im europäischen Kartellrecht, 1972;
- Weinwurm-Wenkhooff Die internationale Zusammenarbeit der Textileinkaufsverbände, ZfgG 66, 135;
- Weisser Genossenschaften und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, 1. Bd. 1. Aufl., 1960;
- Westermann, Harry Die Bedeutung des GWB für die Genossenschaften, in: Aktuelle Probleme und zukünftige Aspekte genossenschaftswissenschaftlicher Forschung, 1962, S. 263;
- " Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, 1956;
- " Die Bedeutung des Förderungszwecks für die rechtliche Ausgestaltung der Genossenschaft, ZfgG 63, 273;
- " Zum Rechtsbegriff des Verbundes bei Genossenschaften, in: Rechtsprobleme der Genossenschaften, 1968;
- Wiedemann, Herbert Rechtssicherheit - ein absoluter Wert?, in: Festschrift für Larenz, 1973, S. 199;
- Winnefeld Verbundene Unternehmen im Kartellrecht, Diss. Göttingen, 1969;
- Wolff, Jürgen Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen der Gründung gemeinsamer Produktionsunternehmen und ihre Beurteilung nach den §§ 1, 23 GWB, BB 66, 920;
- Woll, Artur Der Wettbewerb im Einzelhandel, 1964;
- Würdinger, Hans Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung, WuW 61, 745;

Lebenslauf

Am 25. 1. 1945 wurde ich in Gehaus, Thüringen, als Sohn des Ostl. i.G. Albrecht Freiherr von Uckermann und der Elisabeth, geb. Frein von Wangenheim geboren.

Nach meiner Volksschulzeit in Birkenau a.d.B. und in München besuchte ich das humanistische Maximilians-Gymnasium in München, an dem ich 1964 die Reifeprüfung ablegte.

Nach zweijähriger Wehrdienstzeit wurde ich als Leutnant d.R. entlassen und begann mein Studium der Rechtswissenschaft ab Wintersemester 1966 an der Universität Heidelberg, an der ich drei Semester studierte. Dann folgten 5 Semester in München, wo ich 1970 die 1. juristische Staatsprüfung ablegte. Die dreijährige Referendarszeit in München beendete ich 1974 mit der 2. juristischen Staatsprüfung.

Anfang 1975 begann ich meine Tätigkeit in der Rechtsabteilung des Gesamtverbandes der Versicherungswirtschaft in Köln.

Seit 1970 bin ich mit Jutta Freifrau von Uckermann geb. Steinhart verheiratet.

